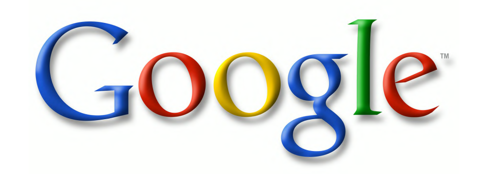
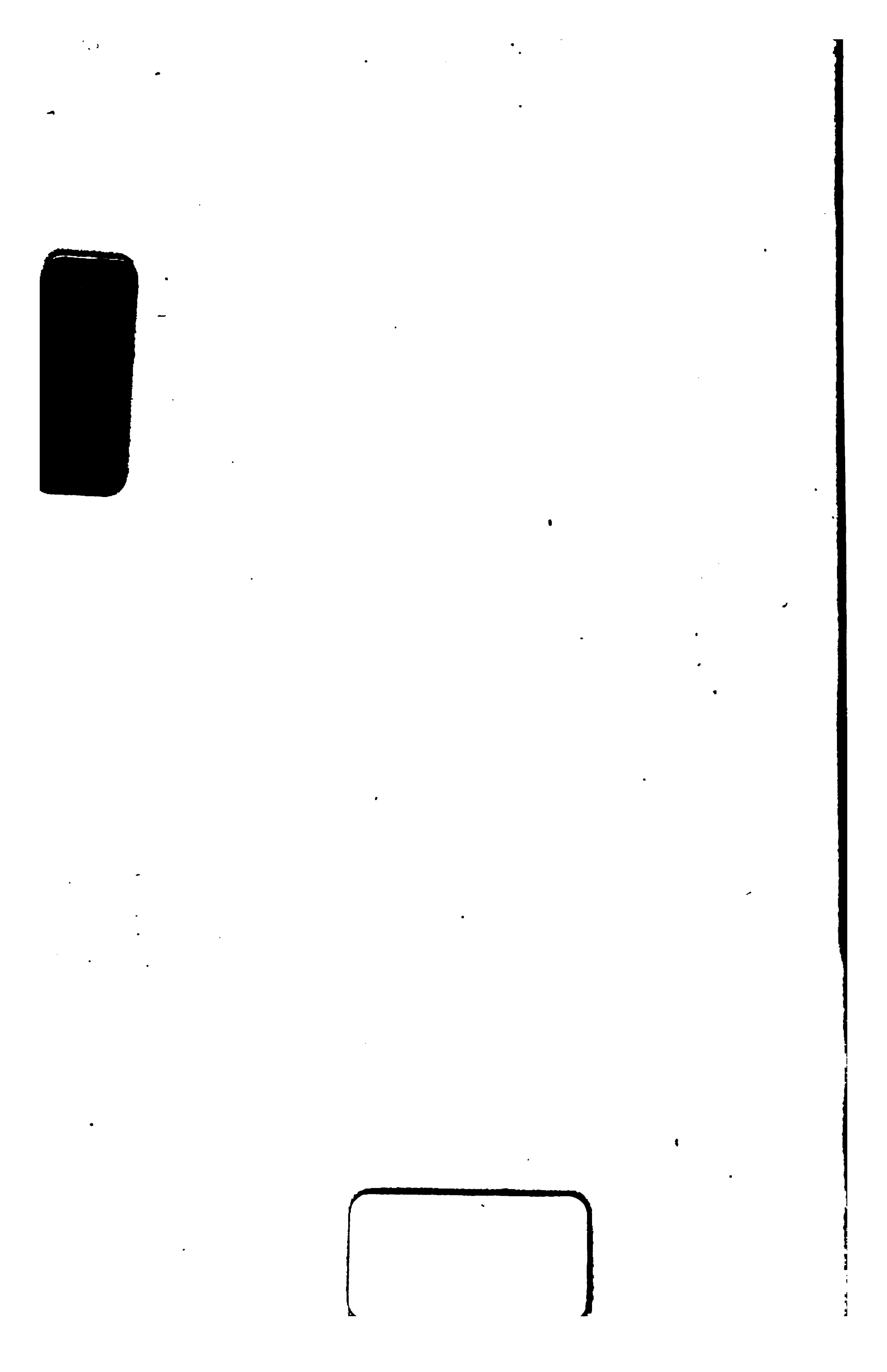




Bruxelles — Typ. BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie.

DROIT CIVIL
INTERNATIONAL

PAR

F. LAURENT,
PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

TOME TROISIÈME.



BRUXELLES.
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Ce, ÉDITEURS,
RUE BLAES, 33.

PARIS.
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ,
RUE SOUFFLOT, 20.

1880

DROIT CIVIL

INTERNATIONAL

DEUXIÈME PARTIE

LIVRE PREMIER.

Principes généraux sur les droits des personnes et sur le conflit des lois qui les régissent (suite).

CHAPITRE II.

LOIS PERSONNELLES ET LOIS RÉELLES (*suite*).

SECTION VII. — Des exceptions aux règles des statuts.

ARTICLE II. — DE L'EXTERRITORIALITÉ.

§ I. *Ce que l'on entend par exterritorialité.*

N° 1. LES LOIS ET LES AUTEURS.

1. Le projet de code civil arrêté par le conseil d'Etat et communiqué au Tribunat portait, article 3 : « La loi oblige ceux qui habitent le territoire. » Cette rédaction fut vivement critiquée par le Tribunat : « Il n'est pas vrai, dit le rapporteur, que la loi oblige sans exception ceux qui habitent le territoire, puisque les étrangers revêtus d'un caractère national, ceux qui composent leur famille et leur suite, ne sont point soumis aux lois civiles de la France, quoiqu'ils en habitent le territoire (1). » Portalis répondit, comme orateur du gouvernement : « Ce qui regarde les ambassadeurs appartient au droit des gens. Nous n'avions point à nous en occuper dans une loi qui n'est que de régime intérieur (2). » On sait que le projet fut rejeté sur le vœu émis par le Tribunat.

(1) Rapport d'Andrieux, n° 11 (Locré, t. I, p. 242, de l'édition de Bruxelles).
(2) Discours de Portalis, n° 25 (Locré, t. I, p. 261).

Le second projet soumis au conseil d'Etat contenait une section intitulée : *Des étrangers revêtus d'un caractère représentatif de leur nation*. L'article unique de la section était ainsi conçu : « Les étrangers revêtus d'un caractère représentatif de leur nation, en qualité d'ambassadeurs, de ministres, d'envoyés, ou sous quelque autre dénomination que ce soit, ne seront point traduits, ni en matière civile, ni en matière criminelle, devant les tribunaux de France. Il en sera de même des étrangers qui composeront leur famille, ou qui seront de leur suite. » Après une légère discussion, cette disposition fut rejetée, comme appartenant au droit des gens (1).

En exposant les motifs du second projet, Portalis dit : « Nous ne parlons pas des ambassadeurs ; ce qui les concerne est réglé par le droit des gens et par les traités. » Le rapporteur du Tribunat, en analysant l'article 3 du code civil, se contente de dire que la règle qui soumet tous ceux qui habitent le territoire aux lois de police et de sûreté est susceptible de modifications relativement aux personnes revêtues d'un caractère représentatif, mais que ces modifications doivent être l'objet de traités ou de stipulations entre Etats (2).

On ne voit pas que, dans ces longs débats, la règle de l'exterritorialité ait été contestée ; le Tribunat l'établissait dans les termes les plus absolus, ainsi que le second projet de code civil, soumis au conseil d'Etat. Grenier, le dernier rapporteur du Tribunat, aurait voulu que l'exception au droit commun, admise en faveur des ambassadeurs, fût stipulée par les traités. C'eût été le seul moyen de donner de la certitude au principe de l'exterritorialité. Il n'y a jamais eu de traité sur la matière.

2. Pour compléter ce qu'il y a à dire de la législation française sur l'exterritorialité, je rapporterai les décrets de l'Assemblée constituante et de la Convention nationale.

Le 11 décembre 1789, le comte de Montmorin, minis-

(1) *Séance du conseil d'État du 6 thermidor an* IX, n° 21 (Locré, t. I, p. 353).
(2) Locré, t. I, p. 304, n° 11, et p. 312, n° 9.

tre des affaires étrangères, écrivit au président de l'Assemblée nationale : « Les ambassadeurs et ministres étrangers auprès de Sa Majesté m'ont témoigné le désir qu'ils auraient d'obtenir une explication au sujet d'une réponse de l'Assemblée nationale à une députation de la Commune de Paris. Cette députation avait pour objet de demander qu'il fût permis à la Commune de faire des recherches dans les maisons privilégiées. Les ministres publics, bien persuadés que l'Assemblée n'a pas eu l'intention de les comprendre, eux ni leurs maisons, dans les termes généraux de la réponse qu'elle fit à la Commune, se seraient dispensés de demander aucune explication, si l'un d'entre eux, réclamant de quelques subalternes des égards auxquels un usage constant les avait accoutumés, n'en avait reçu pour réponse qu'il ne devait pas ignorer *qu'il n'y avait plus de privilégiés*. Cette réponse a fait craindre aux ministres étrangers que l'on ne donnât une interprétation trop étendue à la manière dont l'Assemblée s'est expliquée dans sa réponse à la Commune de Paris, et qu'il n'en résultât des faits dont ils seraient forcés de se plaindre. Responsables, envers les souverains dont ils sont les représentants, de tout ce qui concerne la dignité du caractère dont ils sont revêtus, ils doivent prévoir tout ce qui pourrait y porter atteinte. » Le comte de Montmorin ajouta que les ministres désiraient une explication donnée par l'Assemblée nationale. L'Assemblée déclara que la réponse à la Commune de Paris ne changeait rien aux dispositions du droit des gens qui établissent les priviléges des ambassadeurs (1). Ainsi le décret du 12 décembre 1789 n'a d'autre but que le maintien du droit traditionnel.

Le décret de la Convention du 13 ventôse an II est ainsi conçu : « La Convention nationale interdit à toute autorité constituée d'*attenter en aucune manière à la personne* des envoyés des gouvernements étrangers ; les réclamations qui pourraient s'élever contre eux seront portées au comité de salut public, qui est *seul compétent pour y faire droit*. » Voici l'interprétation que l'on donne à ce

(1) *Moniteur* du 14 décembre 1789 (séance de 12 décembre).

décret : « En décidant que les particuliers s'adresseraient au comité de salut public, la Convention a indiqué que la voie des *relations diplomatiques* était la seule à suivre pour donner satisfaction aux *intérêts privés* qui se trouveraient lésés par un ministre étranger (1). » L'interprétation est étrange. Il n'est pas dit un mot de *relations diplomatiques* dans le décret; c'est, au contraire, le *comité de salut public* qui est déclaré *seul juge*. Et s'agit-il d'*intérêts privés?* Le décret parle des *attentats* contre la *personne* des ambassadeurs; or, les *intérêts privés* sont étrangers à la liberté de la personne. Le décret avait pour but de proclamer que la Convention nationale respectait la liberté des ministres publics, et elle s'en remettait au comité de salut public qui concentrait tous les pouvoirs de la république. On ne voit pas ce que cela a de commun avec l'immunité des ambassadeurs, notamment en matière civile : est-ce que les tribunaux qui condamnent un ministre public à payer ses dettes *attentent à sa personne?*

3. Les codes qui ont été faits sur le modèle du code Napoléon imitent la réserve du législateur français; ils ne parlent pas de l'immunité des ambassadeurs. Il n'y a que le code de la république d'Haïti qui contienne un article sur la matière, ainsi conçu : « Les agents étrangers accrédités auprès de la république sont régis par le droit des gens, les usages des nations, ou les traités politiques. » Ces vagues dispositions ne servent à rien : c'est proclamer que la république reconnaît le droit des gens, et les droits des ambassadeurs, tels qu'ils sont réglés par les usages et les traités. Cela va de soi, mais cela ne nous apprend pas quels sont les droits dont jouissent les agents diplomatiques.

4. La législation allemande (2) n'est guère plus explicite. On lit dans le code prussien : « Les ambassadeurs et résidents des puissances étrangères, de même que les personnes qui sont à leur service, conservent

(1) Vergé sur Martens, *Droit des gens*, t. II, § 216. Demangeat, *Journal du droit international privé*, t. II, p. 91.

(2) J'emprunte les détails sur la législation allemande à Fœlix, *Traité du droit international privé*, 4e édition, t. I, p. 426, n° 217.

leurs *franchises* conformément au *droit des gens* et aux conventions existantes avec les diverses cours. » (*Introduction*, § 36.) De conventions, il n'y en a pas. Et quelles sont les *franchises* que le *droit des gens* reconnaît aux ministres publics? On ne le sait. Si l'on s'en tenait au texte du code, il en faudrait conclure que le droit d'asile existe encore en Prusse; et ce n'est certes pas là ce que le législateur a voulu dire.

Le code de procédure, dans les additions (art. 89, litt. 29, part. I), s'explique sur un point spécial: « Aucune saisie-arrêt ne peut être autorisée par le juge contre les ambassadeurs ou chargés d'affaires accrédités près la cour de Prusse, à moins que, lors de la nomination, la juridiction des tribunaux du royaume n'ait été réservée à leur égard. » Ainsi le législateur se réserve de soumettre les agents diplomatiques au droit commun, après leur avoir accordé le privilége de l'exterritorialité. C'est donner d'une main et reprendre de l'autre. Cela ne prouverait-il pas que l'exterritorialité n'est pas une de ces maximes que les États civilisés se font un scrupule d'observer sans se permettre d'y porter aucune atteinte?

5. Le code civil d'Autriche est tout aussi vague; l'article 38 porte : « Les ambassadeurs, les chargés d'affaires et les personnes qui sont à leur service jouissent des *franchises* établies par le *droit des gens* et par les traités publics. » On devine qu'il s'agit de l'exterritorialité, puisque le code parle de franchises appartenant aux domestiques. mais on n'apprend pas quels sont ces priviléges. Et il serait très imprudent de les préciser, puisque le droit des gens n'est rien moins qu'immuable. Le droit d'asile faisait jadis partie des immunités diplomatiques : qui oserait le réclamer aujourd'hui?

Le code bavarois est conçu dans les termes les plus absolus (chap. I, § 11) : « Tous ceux qui jouissent du droit des ambassadeurs sont exempts de la juridiction ordinaire », donc de la juridiction civile et criminelle, sans exception aucune, puisque le code n'en admet pas. Le droit des gens n'a jamais reconnu l'exterritorialité avec cette extension.

6. En Angleterre, il existe une loi spéciale de l'an 1709 (Statut 7 de la reine Anne, chap. XII). Je dirai plus loin que ce statut a été porté à l'occasion d'une prise de corps exercée contre l'ambassadeur de Russie. Le législateur anglais ne procède guère par principe. Dans l'espèce, le statut avait pour objet d'accorder une réparation au czar, qui demandait la tête des coupables. Le parlement défend d'arrêter ou d'emprisonner les ministres publics reçus par le roi, et leurs serviteurs; il défend aussi de retenir, saisir et arrêter les biens des agents diplomatiques. La seule sanction que le statut prononce, c'est la nullité des actes qui y seraient contraires. J'y reviendrai.

7. Les anciens *Etats Généraux* des *Provinces-Unies* ont rendu plusieurs ordonnances sur l'immunité des ambassadeurs; je cite l'édit du 7 septembre 1679 : « Les personnes, domestiques et biens des ambassadeurs et ministres étrangers qui arrivent, résident ou passent dans ce pays et y contractent des dettes ne peuvent, ni à leur arrivée, ni pendant leur séjour, ni au moment de leur départ, être arrêtés, détenus et saisis par suite des *dettes contractées dans le pays*. Les nationaux peuvent se régler en conséquence avec les ambassadeurs et domestiques. » Cette loi a un objet spécial, le payement des dettes contractées par les ministres étrangers; les cours de justice avaient toujours refusé d'admettre leur immunité.

Il y a une loi espagnole conçue dans un sens inverse. Une ordonnance de Philippe V, du 15 juin 1737, porte que les ambassadeurs peuvent être poursuivis devant les tribunaux espagnols, à raison d'engagements contractés *pendant l'exercice de leur mission,* mais non pour des *engagements antérieurs*. Une loi du roi Jean IV de Portugal dispose, au contraire, que les ministres étrangers ne peuvent être poursuivis devant les tribunaux du royaume que pour les engagements antérieurs à leur mission diplomatique; ils ne peuvent pas être actionnés pour les dettes qu'ils ont contractées pendant leur mission. Voilà le droit des gens, que les auteurs proclament éternel et immuable!

8. Fœlix dit que la législation russe contient des dispositions conçues dans le même esprit. Celles qu'il cite paraissent cependant procéder d'un principe tout différent. On lit, au chapitre X des lois civiles, article 1489 : « Toute autorité saisie d'une réclamation quelconque élevée contre un individu attaché à une mission étrangère doit la transmettre au ministère des affaires étrangères. Aucun jugement ne peut être mis à exécution dans les hôtels occupés par les ambassadeurs et envoyés diplomatiques, que par l'intermédiaire du même ministre. » Ainsi la loi suppose que des poursuites judiciaires ont lieu contre un ambassadeur; elle ne les déclare pas nulles, elle ordonne au tribunal d'en donner communication au gouvernement : c'est le gouvernement qui décide quelle suite il faut donner à la demande. La loi suppose encore qu'un jugement intervient contre un agent diplomatique; ce qui implique que les ministres publics sont justiciables des tribunaux russes; en effet, la loi n'annule point ces décisions, comme le fait le statut anglais; elle dispose, au contraire, qu'elles pourront être mises à exécution dans l'hôtel même de l'ambassadeur; seulement elle veut que les sentences ne soient exécutées que sur l'ordre du ministre des affaires étrangères. Voilà un singulier témoignage en faveur de l'exterritorialité ! Cependant Fœlix est un auteur exact, mais il est si imbu de la doctrine traditionnelle qu'il la retrouve partout, même là où elle n'est point (1).

9. Les auteurs qui traitent du droit international, privé ou public, parlent de l'exterritorialité comme s'il s'agissait d'un principe écrit dans un code du droit des gens. On désigne par le mot *exterritorialité,* dit Fœlix, l'ensemble des prérogatives ou droits exceptionnels qui appartiennent aux souverains et à leurs représentants, en ce qui concerne la juridiction civile et criminelle. Le souverain, qui est temporairement sur le territoire d'une autre puissance, est censé, par une fiction du droit des gens moderne de l'Europe, se trouver toujours dans son

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 430, de la 4e édition.

propre territoire, et il y jouit de toutes les prérogatives inhérentes à la souveraineté. Comme l'ambassadeur représente jusqu'à un certain point la personne du souverain dont il est le fondé de pouvoirs, il est considéré, pendant toute la durée de sa mission, comme s'il n'avait point quitté l'Etat dont il est l'agent, et comme s'il remplissait son mandat hors du territoire de la puissance auprès de laquelle il est accrédité. Cette fiction s'étend à la famille et aux gens du ministre. Il en est de même de tous les biens appartenant aux souverains et aux gouvernements étrangers, et des biens à l'usage de l'ambassadeur, de sa famille ou de sa suite; tous ces objets sont considérés comme se trouvant sur le territoire de la nation étrangère (1). »

Bar formule le principe en termes plus précis, mais moins absolus. Le privilége de l'exterritorialité, dit-il, consiste dans l'exemption de la juridiction étrangère dont jouissent les souverains et leurs ambassadeurs, et qui est étendue, dans de certaines limites, aux biens qu'ils possèdent dans le territoire étranger (2).

Les Anglo-Américains, bien qu'ils refusent de reconnaître la loi personnelle ou nationale de l'étranger, n'hésitent point à poser en principe, à la suite de Grotius, que les souverains et leurs ambassadeurs sont exempts de tout pouvoir de coaction dans l'Etat étranger, sur le territoire duquel ils résident, et où se trouvent des biens qui leur appartiennent (3); c'est dire qu'ils ne sont pas soumis à la juridiction civile ou criminelle du pays qu'ils habitent temporairement.

Les Italiens sont tout aussi affirmatifs. Rocco dit que l'immunité des ministres étrangers est un principe irréfragable du droit des gens, qu'elle est reconnue et pratiquée par tous les peuples. Le judicieux écrivain ne semble pas considérer l'exterritorialité des ambassadeurs comme un privilége : la nature même de leur mission,

(1) Fœlix. *Droit international privé*, p. 414, nº 209.
(2) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 410, § 115.
(3) Phillimore, *International law*, t. II, p. 119, nºˢ 104-107, et p. 170, nº 153.

dit-il, implique qu'ils ne sauraient être justiciables de l'Etat où ils exercent leurs fonctions; il y a incompatibilité radicale entre leur ministère et leur soumission à la juridiction de l'Etat auprès duquel ils sont accrédités (1).

10. Dans le droit international privé, comme dans le droit des gens public, il faut se défier de toute affirmation absolue. Après avoir établi le principe de l'exterritorialité dans les termes les plus péremptoires, Rocco soulève des doutes qui ébranlent la théorie jusque dans ses fondements. Si l'immunité des ambassadeurs est fondée sur l'indépendance dont ils ont besoin pour remplir leurs fonctions, n'en doit-on pas conclure qu'il faut la restreindre dans les limites de cette nécessité? C'est l'avis de Rocco : l'exterritorialité cesse, dit-il, dès qu'elle n'est point nécessaire (2). De là à mettre en doute si elle est nécessaire, il n'y a pas loin. Phillimore la confond avec l'inviolabilité. A notre avis, c'est une erreur. Que l'ambassadeur soit inviolable dans ce qu'il dit et fait comme représentant de son souverain, comme agent international, cela se comprend; mais quel rapport y a-t-il entre l'inviolabilité et un privilége qui le place en dehors des lois et au-dessus des lois?

Je dirai plus loin que le privilége de l'immunité a été attaqué par des jurisconsultes et des publicistes. D'autres le restreignent et le limitent. L'un voudrait l'appliquer seulement à la juridiction criminelle, pour garantir la liberté de la personne; un autre craint que l'immunité criminelle n'aboutisse à l'impunité, pour les ambassadeurs, comme pour les *malfaiteurs oints*.

Les faits sont encore plus incertains que la doctrine. Celle-ci aime à systématiser les principes et à établir des règles, et néanmoins elle n'y est pas parvenue, en ce qui concerne l'exterritorialité. La pratique se décide d'après les nécessités et les passions du moment : c'est l'intérêt politique plutôt que la justice qui détermine les gouvernements. Comment trouver un principe et une règle au milieu de ce conflit?

(1) Rocco, *Delle leggi delle Due Sicilie*, p. 274.
(2) Rocco, *Dell' leggi delle Due Sicilie*, p. 275 et suiv.

11. Les auteurs ont attaché une trop grande importance à la tradition; bien qu'on y trouve à peu près tout ce que l'on veut y chercher, il est certain que l'on n'y trouve pas une règle fixe. Tout ce que l'on peut affirmer, c'est que l'inviolabilité des ambassadeurs a été admise, dès que les peuples ont eu la plus faible conscience du lien qui les unit. Mais de là à l'immunité de toute juridiction, il y a loin. On y est arrivé, grâce au fétichisme de la royauté et à l'orgueil princier. Les princes étaient au-dessus des lois, dans les limites de leur territoire : comment auraient-ils reconnu l'empire d'une loi étrangère? De là la fiction de l'exterritorialité, qui les répute toujours chez eux, là où ils sont les maîtres, là où Louis XIV, ce type de la vieille monarchie, pouvait dire: l'Etat, c'est moi. Les princes voulurent qu'on les idolâtrât à l'étranger, dans la personne de leurs ambassadeurs, comme ils étaient adorés dans les limites de leur souveraineté. Les jurisconsultes, grands partisans du pouvoir royal, prirent au pied de la lettre les grands mots d'indépendance et de liberté que les rois ont toujours à la bouche quand il s'agit de couvrir des prétentions dictées par l'orgueil et la vanité. C'est ainsi que se forma l'étrange fiction de l'exterritorialité, la plus absurde que les légistes aient jamais inventée, car elle aboutit à réputer les ambassadeurs absents là où ils doivent être présents pour remplir leurs fonctions, et présents là où leur ministère serait un non-sens, puisque le représenté n'a plus rien à faire là où se trouve le représentant. Je reconnais que mon opinion est à peu près isolée; c'est pour cela que je suis obligé d'entrer, sur cette matière, dans des détails qui ne sont guère en rapport avec l'importance du sujet. L'intérêt pratique est à peu près nul. Les diplomates ne sont plus ce qu'ils étaient jadis, à une époque où les rois se livraient à toutes les mauvaises passions qu'engendre fatalement le pouvoir absolu; leurs représentants imitaient les mœurs de ceux qui se disaient les élus de Dieu; ils dédaignaient de remplir leurs engagements, ils adultéraient, ils assassinaient, ils conspiraient contre la vie des souverains auprès desquels ils étaient accrédités; on pouvait, sans

trop leur faire injure, les appeler des espions et des traîtres privilégiés. Leurs valets, égalements privilégiés, imitaient l'exemple que leur donnaient leurs nobles maîtres. Si l'on écrivait l'histoire des ambassadeurs, le lecteur croirait lire l'histoire des flibustiers ; les bandits payaient au moins de leur personne et risquaient leur vie dans des luttes qui auraient été héroïques si elles n'avaient été criminelles; tandis que les malfaiteurs privilégiés se retranchaient derrière un privilége qui leur assurait l'impunité. Tout cela n'est plus que de l'histoire, les diplomates du dix-neuvième siècle payent leurs dettes; ils n'ont plus besoin de l'immunité pour se mettre à l'abri de poursuites criminelles qu'ils n'ont pas à redouter, et ils ne prennent plus leurs domestiques parmi les bandits. Les annales judiciaires et politiques sont muettes, dans les temps modernes, sur des priviléges qui jadis étaient invoqués journellement. On nie le progrès moral. Je vais le constater dans le monde de la diplomatie, car ce que je viens de dire de l'immunité comme de l'impunité n'est plus que de l'histoire, et l'histoire, en même temps qu'elle constate les erreurs et les crimes des hommes, témoigne aussi que ces êtres si imparfaits vont sans cesse en se perfectionnant. Cette consolante leçon sera une excuse des longues pages que je vais écrire sur une matière qui n'en vaut pas la peine.

N° 2. LE FONDEMENT DE L'EXTERRITORIALITÉ.

12. Grotius et, à sa suite, la plupart des auteurs fondent l'exterritorialité sur une fiction, pour mieux dire, l'exterritorialité implique une fiction (1). D'abord, l'ambassadeur représente, par une espèce de fiction, la personne même de son maître. Ce sont les termes de Grotius. Dans la réalité, l'ambassadeur est un mandataire, qui représente le mandant, mais il n'est pas considéré comme la personne du mandant; cela est une impossibilité naturelle et juridique. Le mandataire conserve sa personnalité, son

(1) Grotius, *De jure belli et pacis*, lib. II, c. VIII, § 4, n° 8.

individualité. Il en est de même de l'ambassadeur ; il est chargé par son souverain de le représenter dans la mission qui lui est confiée, mais sa personne est différente de la personne du souverain ; ici il y a une impossibilité de plus ; le sujet ne peut jamais se confondre avec le souverain, et une seule et même personne ne saurait être tout ensemble sujette et souveraine.

Grotius continue : « Comme l'ambassadeur représente, *par une espèce de fiction*, la personne même de son maître, il est aussi regardé, *par une fiction semblable*, comme étant hors des termes de la puissance auprès de qui il exerce ses fonctions ; et de là vient qu'il n'est pas tenu d'observer les lois civiles du pays où il est en ambassade. » En ce sens, il est hors du territoire : de là le mot d'*exterritorialité*. Cette seconde fiction est aussi étrange que la première. Pourquoi le souverain envoie-t-il un ambassadeur auprès d'une puissance étrangère? Parce qu'il ne peut pas lui-même faire ce qu'il charge son envoyé de faire en son nom. Il est arrivé que les souverains se sont personnellement réunis en congrès et ont traité directement leurs affaires : telle est la fameuse Sainte-Alliance de 1815. Mais ce mode de négociation est rare, et il n'est pas même possible pour les rois constitutionnels, puisque tout acte qu'ils font doit être contre-signé par un ministre, eux-mêmes étant irresponsables. Régulièrement, les souverains sont représentés par un chargé d'affaires qui prend le titre d'ambassadeur. Il est donc de l'essence de ses fonctions qu'il soit présent là où il doit remplir son ministère. Cependant, la fiction veut qu'il ne soit pas présent là où sa présence est nécessaire, et qu'il soit censé se trouver dans l'Etat de son souverain, où sa présence n'a pas de raison d'être, puisque le représentant n'a rien à faire là où se trouve le représenté. L'exterritorialité est bien la plus absurde des fictions qui ait jamais été imaginée.

Grotius et ceux qui l'ont suivi ne se demandent pas s'ils sont autorisés à créer des fictions. Il est de principe que le législateur seul a ce pouvoir, parce que lui seul peut changer la réalité des choses et faire qu'une personne soit

à la fois présente et absente dans un même acte (1). Quelle est la loi qui répute l'ambassadeur absent, au moment où l'acte qu'il pose prouve sa présence? J'ai transcrit les dispositions législatives qui établissent l'immunité des agents diplomatiques; aucune loi ne parle de la fiction de l'exterritorialité : le projet de code civil disait en termes clairs et nets : « Les ambassadeurs ne seront pas traduits, ni en matière civile, ni en matière criminelle, devant les tribunaux de France. » Mais le législateur français s'est bien gardé de consacrer la fiction de l'exterritorialité. A vrai dire, cette fiction n'a été imaginée que pour expliquer l'immunité dont jouissent les ambassadeurs. Justifier un privilége par une fiction absurde est une singulière explication. Si l'immunité des agents diplomatiques n'a pas d'autre fondement, il faut avouer qu'elle n'a point de raison d'être.

13. La fiction que Grotius invoque commence à perdre de son crédit; elle n'est pas admise par les auteurs allemands les plus récents ; Heffter (2) la rejette, ainsi que Bar (3), à raison des conséquences absurdes auxquelles elle conduit. Il en résulterait que l'ambassadeur serait toujours et en toutes circonstances réputé se trouver en pays étranger. De sorte que les formes des actes qu'il passerait dépendraient de la loi étrangère (4); il en résulterait encore que tous ceux qui se trouvent dans l'hôtel de l'ambassadeur seraient censés être en pays étranger, et qu'ils seraient soumis à la loi étrangère s'ils y commettaient un crime, ce qui légitimerait aussi le droit d'asile, dont personne ne veut plus. La critique, me semble-t-il, ne pénètre pas au fond de la difficulté ; les partisans de l'exterritorialité pourraient répondre que les fictions sont d'une stricte et étroite interprétation, que l'on ne peut pas les appliquer à un ordre de choses pour lequel elles n'ont pas été établies ; qu'il faut, par conséquent

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. XX, p. 244, nº 118.

(2) Heffter, *das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, p. 81, § 42, de la 3ᵉ édition.

(3) Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 411, note7.

(4) Je reviendrai sur ce point.

limiter la fiction de l'exterritorialité, d'abord aux ambassadeurs, puis aux fonctions à raison desquelles l'immunité leur a été accordée. Laissons là les conséquences étrangères à la fiction, et examinons la fiction en elle-même.

14. Le point de départ de la fiction est très contestable. Grotius fait une seule et même personne de l'ambassadeur et de son souverain, puis il transporte au représentant les prérogatives et les priviléges du représenté. J'ai déjà dit que cette fiction se heurte contre une impossibilité absolue; il y a des choses que la fiction même ne peut pas admettre, la souveraineté ne se transporte pas de la personne du souverain à celle de son sujet ; elle est incommunicable à celui qui est soumis au souverain. Conçoit-on que l'ambassadeur parle et agisse au nom de son maître, et que lui-même soit censé être ce maître souverain? Si la souveraineté ne se communique pas à l'ambassadeur, il en est de même des prérogatives et priviléges qui y sont attachés. Que le souverain soit un roi absolu ou un roi constitutionnel, peu importe. Le pouvoir absolu est essentiellement incommunicable ; c'est, dit-on, une délégation de Dieu, c'est donc Dieu seul qui peut le donner. Quant aux rois constitutionnels, ils ne sont pas des souverains, dans l'ancienne acception du mot; la nation leur délègue une partie de sa puissance, ils l'exercent dans les limites tracées par la Constitution; dans cet ordre d'idées, c'est chose impossible qu'un ambassadeur soit considéré comme souverain et participe à ses droits. Il y a plus : la base même de la fiction s'écroule dans le système qui règne aujourd'hui partout. En disant que l'ambassadeur tient la place du souverain, Grotius suppose que le souverain jouit de l'immunité, comme conséquence de l'exterritorialité. Ici, nous touchons du doigt le vice de cette doctrine fictive. Elle implique que l'Etat, c'est le roi, et que le roi jouit d'une souveraineté absolue, illimitée; à ce titre, on comprend que le roi ne peut être sujet d'une puissance étrangère, ni être soumis en quoi que ce soit à une loi étrangère, ni à une juridiction étrangère. Mais la souveraineté a cessé d'être un pouvoir absolu, incarné soit dans le peuple, soit dans un homme. Les rois ont cessé

d'être des souverains absolus; ils sont soumis à la loi, comme tout particulier, indigène ou étranger. Si le roi, dans ses Etats, est sujet de la loi, il n'y a plus de raison pour l'exempter de la soumission aux lois étrangères quand il se trouve en pays étranger. Ainsi, l'exterritorialité fondée sur l'ancienne théorie de la souveraineté tombe avec elle. Ceci est un point capital; j'y reviendrai.

15. Grotius a encore une autre justification de l'exterritorialité; il tient à prouver que la fiction est fondée en raison. « Un ambassadeur, dit-il, pour jouir d'une *pleine sûreté*, doit être à l'abri de toute *contrainte*, et par rapport à sa personne, et par rapport aux choses qui lui sont nécessaires (1). » Sans doute, l'ambassadeur doit être libre, mais faut-il pour cela qu'il soit hors de la loi et au-dessus de la loi? Voilà une liberté telle que l'Eglise l'a toujours réclamée, et l'on sait à quoi aboutit la liberté de l'Eglise, à une tyrannie qui aurait détruit le mot même de liberté. C'est toujours le vieux préjugé de la souveraineté absolue ; le roi est souverain et, comme tel, indépendant; pour que son indépendance soit entière, il doit être exempt de toute juridiction civile et criminelle; et son ambassadeur, cet autre lui-même, doit jouir de la même autorité. Non, pour être libre, il n'est point nécessaire que l'ambassadeur soit affranchi de toute loi, qu'il puisse contracter des dettes sans les payer, qu'il puisse assassiner et adultérer à son aise. Les rois sont tenus aujourd'hui de payer leurs dettes ; et s'ils commettaient un crime, ils seraient justiciables de la cour d'assises. Si les représentés ont changé de situation, il en doit être de même des représentants. Il est vrai que l'ambassadeur ne pourrait remplir sa mission s'il était emprisonné, fût-ce pour une cause légale. Est-ce à dire que les ambassadeurs doivent jouir d'une impunité absolue, et qu'ils aient le droit de tromper leurs créanciers, et de commettre impunément des crimes, si l'on veut qu'il y ait des ambassades, et par suite des relations internationales? L'objection a été faite, et nous la rencontrerons plus d'une fois; il est

(1) Grotius, *De jure belli*, lib. II, c. CXVIII, § 9.

presque inutile d'y répondre, tant elle est futile. Si un souverain a mal placé sa confiance, il doit se hâter de révoquer les pouvoirs qu'il a donnés à un mandataire qui s'en montre si peu digne, et se faire représenter par un ambassadeur honnête homme.

16. L'objection est très bien développée par Vattel; il faut l'entendre, c'est tout ce que l'on peut dire de mieux en faveur de l'immunité des ambassadeurs : « L'inviolabilité du ministre ou la sûreté qui lui est due plus strictement et plus particulièrement qu'à tout autre étranger ou citoyen, n'est pas son seul privilége : l'usage universel des nations lui attribue de plus une entière indépendance de la juridiction et de l'autorité de l'Etat où il réside.

« Quelques auteurs prétendent que cette indépendance est de pure institution entre les nations, et veulent qu'on la rapporte au droit des gens *arbitraire*, qui vient des mœurs, des coutumes ou des conventions particulières; ils nient qu'elle soit du droit des gens *naturel*.

« Il est vrai que la loi naturelle donne aux hommes le droit de réprimer et de punir ceux qui leur font injure ; que, par conséquent, elle donne aux souverains celui de punir un étranger qui trouble l'ordre public, qui les offense eux-mêmes, ou qui maltraite leurs sujets ; et qu'elle les autorise à obliger cet étranger de se conformer aux lois et de remplir fidèlement ce qu'il doit aux citoyens. Mais il n'est pas moins vrai qu'elle leur impose aussi l'obligation de consentir aux choses sans lesquelles les nations ne pourraient cultiver la société que la nature a établie entre elles, correspondre ensemble, traiter de leurs affaires, ajuster leurs différends. Or, les ministres publics sont des instruments nécessaires à l'entretien de cette société générale, de cette correspondance mutuelle des nations. Mais leur ministère ne peut atteindre la fin à laquelle il est destiné s'il n'est muni de toutes les prérogatives capables d'en assurer le succès légitime, de le faire exercer en toute sûreté, fidèlement et librement. Le même droit des gens qui oblige les nations à admettre les ministres étrangers les oblige donc aussi à recevoir ces ministres avec tous les droits qui leur sont néces-

saires, avec tous les priviléges qui assurent l'exercice de leurs fonctions. Or, il est aisé de comprendre que l'indépendance doit être l'un de ces priviléges. Sans elles, la sûreté, si essentielle au ministre public, ne sera que précaire... Il importe qu'il n'ait point de juges à redouter, qu'il ne puisse être distrait de ses fonctions par une chicane... Il faut donc qu'il soit indépendant de l'autorité souveraine et de la juridiction du pays, tant pour le civil que pour le criminel (1) ».

Vattel ne fait que développer l'idée de Grotius; pour lui donner plus de force, il essaye de prouver que l'immunité des ambassadeurs est commandée par le droit naturel. Quand on met les faits en regard de cette théorie, on se demande ce que le droit naturel a à faire dans ce débat. Un ambassadeur, au moment de quitter son poste, est poursuivi par ses créanciers; il refuse de les payer, il leur oppose son immunité. Le droit naturel demande-t-il que le ministre soit dispensé de payer des dettes qu'il ne conteste pas, en se réfugiant derrière son immunité? En quoi l'obligation de satisfaire à des engagements librement contractés porte-t-elle atteinte à sa liberté de ministre? Dans l'espèce que je suppose, et qui s'est réalisée, la mission de l'ambassadeur est accomplie; en quoi son immunité peut-elle profiter à un ministère qui a cessé?

Voici un autre exemple, également emprunté à l'histoire. Un ambassadeur arrive à son poste; dès la première nuit de son séjour, ses domestiques se répandent dans la ville et se conduisent comme des soldats ivres dans une ville mise à sac : est-ce que le brigandage, est-ce que le viol doivent rester impunis, pour que l'envoyé soit libre dans l'exercice de ses fonctions? Il y a quelque chose de plus sacré encore que le droit d'ambassade, c'est la justice. La société ne périrait point s'il n'y avait point d'ambassadeurs, tandis qu'elle n'existerait plus s'il y avait dans son sein des hommes qui pussent impunément troubler l'ordre social.

J'ai supposé que les gens de l'ambassadeur sont des

(1) Vattel, *Le Droit des gens*, livre IV, chap. VII, n° 92.

bandits. Si lui-même commet un assassinat et soulève la population par un crime public, encore un fait historique, faudra-t-il que la justice se taise, et qu'elle soit enchaînée parce que le meurtrier est un agent diplomatique? Le droit naturel demande que le crime soit puni; sauf au souverain étranger à se faire représenter par un envoyé qui ne soit pas un assassin.

Un ambassadeur commet le plus grand des crimes : il conspire contre la vie du souverain auprès duquel il est accrédité. Le droit naturel sera-t-il satisfait si l'on se borne à donner ses passeports au coupable? L'immunité qui devient impunité est-elle de droit naturel?

17. On dira que je ne réponds pas à l'argumentation de Vattel. Je suppose des ambassadeurs et leur suite coupables et abusant de leur immunité. Il faut supposer aussi des envoyés qui invoquent leur immunité comme une garantie de leur indépendance menacée ou compromise par la seule possibilité de poursuites injustes. C'est dans cette hypothèse que Vattel se place; on peut vexer un ministre désagréable, on peut l'inquiéter, le persécuter, le maltraiter sous mille prétextes : remplira-t-il, dans ce cas, ses fonctions avec la fermeté nécessaire? Montesquieu a développé l'objection dans son beau langage. Il met en principe qu'il ne faut pas décider par les lois politiques les choses qui appartiennent au droit des gens; puis il ajoute : « Les lois politiques demandent que tout homme soit soumis aux tribunaux criminels et civils du pays où il est, et à l'animadversion du souverain. Le droit des gens a voulu que les princes s'envoyassent des ambassadeurs; et la raison, tirée de la nature de la chose, n'a pas permis que ces ambassadeurs dépendissent du souverain chez qui ils sont envoyés, ni de ses tribunaux. Ils sont la parole du prince qui les envoie, et cette parole doit être libre. Aucun obstacle ne doit les empêcher d'agir. Ils peuvent souvent déplaire, parce qu'ils parlent pour un homme indépendant. On pourrait leur imputer des crimes, s'ils pouvaient être punis pour des crimes; on pourrait leur supposer des dettes, s'ils pouvaient être arrêtés pour dettes. Un prince qui a une fierté naturelle parlerait par

la bouche d'un homme qui a tout à craindre. Il faut donc suivre, à l'égard des ambassadeurs, les raisons tirées du droit des gens, et non pas celles qui dérivent du droit politique. Que s'ils abusent de leur caractère représentatif, on le fait cesser en les renvoyant chez eux : on peut même les accuser devant leur maître, qui devient par là leur juge ou leur complice (1). »

La magnificence du langage sert parfois à couvrir la faiblesse des idées. Est-il vrai que les choses qui appartiennent au droit des gens ne doivent pas être décidées par la justice? Prise dans sa plus large acception, cette maxime est celle de Machiavel, et le machiavélisme a perdu tout crédit. Même dans le sens limité que Montesquieu paraît lui donner, la maxime est fausse. Non, il n'y a pas deux droits qui se combattent, de sorte que la justice prescrite par le droit politique doive être subordonnée, sacrifiée aux considérations que l'on puise dans le droit des gens. Il n'y a pas de droit contre le droit, et jamais la justice ne doit se taire devant un intérêt politique, quelque considérable qu'il soit. Dans le conflit de l'intérêt et de la justice, c'est la justice qui l'emporte. L'intérêt public demande que les princes s'envoient des ambassadeurs. Soit, mais il y a un intérêt plus grand, pour mieux dire, il y a un droit éternel et immuable, c'est que l'empire de la justice ne soit jamais suspendu, sinon il n'y aurait plus de société : le devoir de conservation va avant la facilité des relations internationales. Quand même il n'existerait pas d'ambassades, les Etats pourraient communiquer entre eux. Il se fait tous les jours des conventions entre particuliers par correspondance ; à la rigueur, il en pourrait être de même des traités; les ambassadeurs ne créent point les rapports entre les peuples, ils les rendent plus faciles. Qu'est-ce que cet avantage, quelque grand qu'on le suppose, en comparaison de la justice qui serait détruite si l'on admettait l'immunité des ambassadeurs de toute justice civile et criminelle?

(1) Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, livre XXVI, chap. 21.

J'ai supposé, avec Montesquieu et Vattel, que l'immunité des ambassadeurs est une nécessité de leur ministère. Cela est-il bien vrai? « On imputerait, dit-on, des crimes aux ambassadeurs, s'ils pouvaient être punis pour des crimes ; on leur imputerait des dettes, s'ils pouvaient être arrêtés pour dettes. » Il faut croire que ces craintes sont sérieuses, puisqu'elles sont exprimées par le président d'un parlement de France. Que devait être la justice au dix-huitième siècle, s'il dépendait indirectement du roi de faire arrêter et *punir* un ambassadeur pour un crime *supposé*, et s'il suffisait d'imaginer une dette, pour le faire emprisonner? On voit que Montesquieu écrivait sous l'empire des lettres de cachet. Ce beau régime du bon vieux temps est passé. Les rois ne disposent plus de la liberté et de la vie des personnes; l'étranger lui-même trouve devant les tribunaux, en Belgique du moins, les mêmes garanties que l'indigène ; il ne dépend pas du roi d'en dépouiller les justiciables. L'ambassadeur jouit du droit commun, et le droit commun suffit pour assurer sa liberté et son indépendance. On voit par les paroles de Montesquieu combien il est vrai de dire que l'immunité des ambassadeurs tient à un ordre de choses qui n'est plus le nôtre. Il ne dépend plus du prince de fermer la bouche à l'ambassadeur, en le privant de sa liberté; il n'a rien à craindre, et son indépendance est entière. A quoi bon des immunités comme garantie contre un danger qui a disparu? Et s'il existait encore, il accuserait une hostilité telle, que toutes relations entre les puissances ennemies deviendraient inutiles; que peut-on attendre de négociations entamées avec un prince que l'on croit capable d'abuser de son pouvoir, en arrêtant un envoyé pour des dettes fictives et en le punissant pour des crimes imaginaires? Dans des circonstances pareilles, le droit d'ambassade, quelque privilégié qu'il fût, ne servirait à rien. Là où il n'y a ni bonne foi, ni honnêteté, les relations internationales deviennent impossibles.

Montesquieu prévoit que, de leur côté, les ambassadeurs peuvent abuser de l'immunité qu'il réclame pour eux. On mettra fin, dit-il, à l'abus, en les renvoyant chez

eux; on peut même les accuser devant leur maître, qui devient par là leur juge ou leur complice. Voilà encore une fois une idée du vieux régime, qui est si loin de nous que nous ne le comprenons qu'en recourant à l'histoire. Non, celui qui est lésé par le crime d'un ambassadeur ne s'adresse pas à son *maître*, il s'adresse aux tribunaux, où il trouvera meilleure justice que devant un prince qui pourrait être un complice, comme Montesquieu le suppose. Je ne sais si les princes se feraient encore complices du crime de leur ambassadeur, comme jadis Philippe II tramait une conjuration, de concert avec le pape Pie V, un saint, contre la vie de la reine Elisabeth, une hérétique; si cela arrivait, les tribunaux feraient justice des complices. L'immunité, telle que Montesquieu et Vattel la justifient, implique un état social qui a été détruit par la révolution de 1789. Elle n'a plus de raison d'être dans une société où la justice n'est plus dans la main des rois.

18. Mon opinion est à peu près isolée. Bynkershoek, à la fin de son traité *Du juge compétent des ambassadeurs*, expose la doctrine des auteurs qui ont écrit sur la matière; il s'en trouve un seul qui rejette l'immunité de la juridiction criminelle, par la raison que l'ambassadeur qui commet un crime est déchu de ses priviléges. Cela implique que Vera admettait l'immunité de la juridiction civile. Bynkershoek dit que l'auteur est inconséquent, qu'il aurait dû ajouter que l'ambassadeur est aussi déchu de ses priviléges du moment qu'il contracte : « car, quand on veut plaisanter, il ne faut pas le faire à demi. » Ainsi, aux yeux du jurisconsulte hollandais, c'est une mauvaise plaisanterie que de prétendre que les ambassadeurs sont soumis aux tribunaux du pays où ils exercent leurs fonctions, du moins quand ils commettent un crime. Il se borne à répondre un mot à Vera. « Je suis persuadé, dit-il, que l'autorité d'un tel écrivain ne l'emportera pas, dans l'esprit de qui que ce soit, sur la raison autorisée par le droit des gens, en faveur d'un ministre étranger, *qui n'est point sujet de l'Etat*. » Le grand argument de Bynkershoek en faveur de l'immunité des ambassadeurs est donc

que ceux-ci ne sont point sujets de l'Etat (1). N'est-ce pas trop prouver? Les étrangers ne sont pas sujets non plus, et néanmoins ils sont soumis aux lois de police et de sûreté par cela seul qu'ils habitent le territoire; et il y a de cela une raison péremptoire, c'est que la justice est le fondement de l'ordre social.

Le prétendu droit des gens qui délie les ambassadeurs de leurs engagements, et qui leur assure l'impunité de leurs crimes, aveugle les auteurs à ce point qu'ils perdent le sens de la justice. Voici ce que dit Barbeyrac, un des plus judicieux écrivains, dans ses notes sur Bynkershoek : « Qu'un ambassadeur s'endette, et *ne veuille point payer ce qu'il doit* à des particuliers, qu'il les *trompe* de quelque autre manière, qu'*il débauche leurs femmes*, qu'il s'emporte même jusqu'à *tuer* quelque sujet de l'Etat, ce sont des actions d'un malhonnête homme; mais il ne revient de là du *tort* qu'à *quelques particuliers*, et un tort dont les mauvais effets sont compensés par l'*utilité publique* des ambassades (2). » Ainsi la justice civile et criminelle est une chose qui ne regarde que les particuliers lésés : les ambassadeurs peuvent impunément manquer à la foi donnée, ils sont libres d'adultérer et d'assassiner à leur aise, il n'y a que les créanciers, les maris et les victimes de leur brutalité qui en souffrent : l'intérêt public n'est pas en cause, tandis, que les ambassades sont d'utilité générale et l'emportent sur le dommage que l'immunité des ministres peut causer à quelques particuliers! En vérité, c'est le renversement de tout sens moral. La justice est plus qu'un intérêt public, c'est une condition d'existence pour les sociétés. De Maistre dit que, sans le bourreau, les sociétés humaines n'existeraient pas un instant; il a raison en tant que le bourreau est le symbole de la justice qui punit le crime. Et la justice qui contraint les hommes à exécuter leurs engagements est tout aussi sacrée : nous ne pouvons vivre sans contracter, et les contrats seraient-ils possibles si la justice n'en assurait pas l'exécution?

(1) Bynkershoek, *De foro legatorum*, traduction de Barbeyrac (La Haye, 1723), chap XXIV, § 6. et chap. VIII, § 2.
(2) Barbeyrac, sur Bynkershoek, p. 302, note.

19. Il y a un autre préjugé qui égare les meilleurs esprits, c'est le préjugé de la tradition monarchique. L'immunité des ambassadeurs est un reflet de l'immunité des souverains; elle subsistera aussi longtemps que l'on reconnaîtra la souveraineté aux princes. Est-il vrai que la souveraineté se personnifie dans le monarque? Si les rois sont la souveraineté incarnée, on comprend qu'ils soient indépendants de toute autre puissance souveraine, et que par suite ceux qui les représentent participent de cette majesté. On est si habitué à voir dans la majesté royale un reflet de la majesté divine, que ceux-là mêmes qui ne croient plus au droit divin conservent les sentiments qui jadis régnaient dans le monde politique; c'est une vieille tradition qui se perpétue, alors que les fondements sur lesquels elle reposait se sont écroulés. Le passé nous a légué un autre héritage qu'il serait temps de répudier, c'est la fausse idée qui s'attache à la souveraineté. La puissance souveraine semble impliquer une autorité absolue, sans mesure et sans limite : s'il en était ainsi, il en faudrait induire que le prince dans lequel la souveraineté s'incarne ne saurait être soumis à une autre puissance. Cette notion de la souveraineté s'est perpétuée à travers les révolutions, on la rencontre dans les démocraties comme dans les Etats monarchiques, et elle est partout également funeste : que la puissance absolue s'incarne dans un prince, ou qu'elle appartienne à la nation, peu importe, la liberté ne sera plus qu'un mot vide de sens. Ici nous n'avons pas affaire à la liberté, c'est la justice qui est en cause, c'est le droit, sans le respect duquel il n'y a point de société possible. Eh bien, la souveraineté absolue compromet le droit et la justice aussi bien que la liberté. Le souverain est au-dessus des lois dans ses Etats : comment serait-il soumis à l'empire d'une loi étrangère? Et si le prince est au-dessus des lois, n'en faut-il pas dire autant de l'ambassadeur qui est un autre lui-même?

Le souvenir d'une souveraineté absolue hante toujours les esprits, les meilleurs ne parviennent pas à s'en affranchir. C'est ainsi que je m'explique comment un des hommes éminents de l'Allemagne, mon vénérable ami

M. Bluntschli, maintient l'immunité des souverains et des ambassadeurs sans réserve aucune (1). La majesté royale le domine sans qu'il s'en rende compte; et qui dit majesté dit une puissance mystérieuse; ce n'est pas le droit divin, Bluntschli n'y croit point, néanmoins c'est un droit qui est au-dessus de la loi, non pas que Bluntschli soit partisan du pouvoir absolu, mais la dignité qui s'attache à la majesté lui paraît incompatible avec la soumission aux lois d'une puissance étrangère. C'est un sentiment vague, insaisissable, mais il est d'autant plus dangereux, parce qu'on ne peut le prendre corps à corps pour le combattre. Toujours est-il que la majesté royale n'est plus qu'un mythe et que la souveraineté, dans les Etats constitutionnels, est strictement limitée aux droits que la Constitution accorde à ceux qui en sont les organes. Le roi n'est plus souverain, c'est la nation qui est investie de la souveraineté et qui exerce sa puissance par l'intermédiaire des grands pouvoirs. Dans cet ordre d'idées, la majesté s'évanouit, il n'y a plus de place pour elle; le roi est un délégué, un représentant de la souveraineté nationale, et il n'est pas le seul; le vrai pouvoir souverain, ce sont les Chambres, dont la majorité domine la volonté royale; puis vient le pouvoir judiciaire qui limite également le pouvoir du roi; enfin la Constitution reconnaît aux citoyens une souveraineté individuelle, en consacrant leurs droits, qu'aucune loi, aucun arrêté royal, aucun jugement ne peut leur enlever. Voilà la révolution radicale opérée en 1789 : ce qui survit de l'antique souveraineté n'est plus qu'un fantôme, approchez-le pour le considérer de près, il s'évanouira. Que devient l'immunité des ambassadeurs dans ce nouvel ordre d'idées? C'est un débris d'un passé qui n'a plus de sens. Je vais laisser parler les faits : ils tendent irrésistiblement à ce résultat.

Nº 3. — LES FAITS.

20. A entendre les auteurs qui ont écrit sur le droit

(1) Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht*, § 126, p. 126, de la 3ᵉ édition (1878).

des gens et spécialement sur l'immunité des ambassadeurs, l'exterritorialité serait un principe universellement reconnu. Vattel dit que l'usage universel des nations attribue aux ministres publics une entière indépendance de la juridiction et de l'autorité de l'Etat où ils résident. Huber, un excellent légiste, conseiller au conseil souverain de Frise, au dernier siècle, dit de même : « Après bien des disputes et des raisonnements qu'il y a eu de notre temps au sujet des ambassadeurs, l'opinion de Grotius a enfin pris le dessus. » Le langage de Huber accuse néanmoins une certaine opposition; en effet, les cours souveraines des Provinces-Unies résistèrent longtemps à un privilége qui leur paraissait incompatible avec la distribution de la justice; il fallut des ordonnances répétées des Etats généraux, pour mettre fin au conflit. Bynkershoek ne craint pas d'assurer « qu'il n'y a aucune nation en Europe qui soumette un ambassadeur à la juridiction ordinaire (1) ». Martens est moins affirmatif. « On ne saurait prouver d'une manière convaincante, dit-il, que, *d'après le droit des gens universel et rigoureux* (c'est l'auteur qui souligne), le ministre soit exempt de toute juridiction civile de l'Etat auprès duquel il réside. » Quant à l'immunité concernant les biens meubles, elle est fondée sur le droit des gens primitif, plutôt que sur le droit naturel des nations. » Il y a moins d'incertitude relativement à l'exemption de la juridiction criminelle, parce qu'elle comprend la liberté de l'ambassadeur; toutefois, Martens ne s'exprime pas en termes absolus, comme le fait Vattel ; et il est encore plus réservé quand il s'agit de l'immunité que l'on revendique pour les gens de la suite des ministres (2). La réserve est sage, car les doutes abondent dans toute cette matière.

21. Le *Répertoire* de Merlin contient un article très

(1) Voyez les citations dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Ministre public*, sect. 5, § 4, article III (t. XX, p. 281 de l'édition de Bruxelles).

(2) F. de Martens, *Principes du droit des gens moderne de l'Europe, fondé sur les traités et l'usage*, édition de Pinheiro-Ferreira (Paris, 1831, t. II, p. 87, §§ 216-219).

est morte, et avec elle la vieille souveraineté et toutes ses prérogatives. La loi a pris la place de la royauté, et la justice a remplacé les priviléges. Ainsi s'écroulent les fondements sur lesquels on avait élevé l'édifice fragile des immunités. Sans doute, les ministres étrangers ne doivent pas être troublés dans l'exercice de leurs fonctions publiques ; mais est-ce les troubler que d'exiger qu'ils payent leurs dettes avant de quitter le pays? Quand on met en regard des faits les grands mots d'indépendance et de liberté, sur lesquels le corps diplomatique appuyait sa réclamation, on est tenté de la trouver ridicule.

Le ministre des affaires étrangères de Louis XV ne pouvait aller aussi loin ; il admet l'immunité qui consiste dans l'exemption de la juridiction ordinaire. Mais l'immunité a ses limites; elle ne peut s'étendre au delà des motifs qui lui servent de base. D'Aiguillon déduit de là une première conséquence, c'est qu'un ministre ne peut en jouir qu'autant que son maître en jouirait lui-même. La conséquence est évidente, et elle a une gravité que d'Aiguillon ne prévoyait point. Nous n'admettons plus de *malfaiteur oint*, quand même il se dirait vicaire de Dieu; si un Alexandre Borgia commettait chez nous un de ces crimes qui flétrissent sa mémoire, il serait condamné à mort par les assises; il en serait de même des assassins couronnés s'il se rencontrait un de ces monstres sur le trône. Et s'il y avait un ambassadeur meurtrier, il y en a eu, ce serait le cas de dire avec d'Aiguillon : Le ministre public ne peut jouir d'une immunité dont son maître ne jouirait point. Ce sont des cas extrêmes, mais ce sont ces extrémités qui démontrent la fausseté du principe. D'Aiguillon le reconnaît; un ministre perdrait son immunité, dit-il, s'il se livrait à des manœuvres qui peuvent être considérées comme crimes d'Etat, ou qui troublent la sécurité publique. Et est-ce que tout crime ne trouble point la sécurité publique?

D'Aiguillon déduit une autre conséquence de son principe. L'immunité ne peut avoir d'autre effet que d'écarter tout ce qui pourrait empêcher le ministre public de vaquer

à ses fonctions ; de là suit que la personne seule du ministre jouit de l'immunité, et que ses biens pouvant être attaqués sans interrompre ses fonctions, tous ceux qu'un ministre possède dans le pays où il est accrédité sont soumis à la puissance territoriale. Je dirai, plus loin, que les auteurs dépassent les bornes du principe qui limite l'immunité à la nécessité qui l'a fait établir. Et si cette nécessité se trouvait être imaginaire, ne faudrait-il pas dire que l'immunité n'a plus de raison d'être ?

D'Aiguillon suppose que l'immunité est fondée sur une convention tacite ; et toute convention étant réciproque, le ministre public perd son privilége lorsqu'il en abuse, contre les intentions constantes des deux souverains. C'est pour cette raison qu'un ministre ne peut se prévaloir de son privilége pour se dispenser de payer les dettes qu'il a contractées dans le pays où il réside : 1° « Parce que l'intention de son maître ne peut point être qu'il viole la première loi de la *justice naturelle*, *qui est antérieure aux priviléges du droit des gens* ». Tel est le principe que j'invoque, la justice éternelle antérieure aux usages passagers que l'on appelle droit des gens. 2° « Parce qu'aucun souverain ne veut ni ne peut vouloir que les prérogatives des ambassadeurs tournent au détriment de ses sujets, et que le caractère public des ministres devienne pour eux un piége et un sujet de ruine. » On invoque la nécessité des relations internationales pour justifier l'immunité : et il se trouve que ce privilége détruit toute sécurité du commerce journalier entre les hommes. 3° « On pourrait saisir les biens mobiliers du prince même que le ministre représente, s'il en possédait sous notre juridiction : de quel droit les biens du ministre seraient-ils donc exceptés de cette règle ? » Ce que d'Aiguillon dit du droit de saisir les biens du souverain est un fait considérable ; il va à l'encontre de l'immunité que la doctrine et la jurisprudence accordent à l'Etat. J'y reviendrai.

« Ces considérations, conclut le ministre, justifient suffisamment la règle qui est reçue dans toutes les cours, qu'un ambassadeur ne doit pas partir d'un pays sans avoir

satisfait ses créanciers (1). Le mémoire rapporte les faits qui se sont passés ; je les citerai ailleurs; quelle conclusion en faut-il tirer ? » Le mémoire, dit le *Répertoire* de Merlin, reconnaît le principe de l'indépendance des ministres publics, mais il cherche à le limiter par des exceptions qui en diminuent singulièrement les effets. » On peut dire que les restrictions détruisent le principe, tel que Vattel le formule. Si l'immunité était de droit naturel, il ne serait pas permis de la limiter. Mais il en est du droit naturel des diplomates, comme du droit divin des gens d'Eglise : c'est plutôt une usurpation sur le droit de la nature, car il aboutit à mettre de simples convenances au-dessus de la justice éternelle.

22. En 1708, le comte de Matucof, ambassadeur extraordinaire de Russie, ayant pris congé de la reine d'Angleterre, se disposait à passer en Hollande, lorsqu'il fut arrêté en pleine rue par des officiers de justice, munis d'un ordre qu'avaient obtenu contre lui des marchands à qui il devait 350 livres sterling. Les *baillis* ou sergents le tirèrent de son carrosse et le traînèrent dans une maison d'arrêt, où il survint un lord qui le fit relâcher en se portant caution. Plainte et protestation du ministre, lettre de Pierre I[er] à la reine ; lettres d'excuses de celle-ci. Il fallait donner satisfaction ; mais l'embarras du gouvernement était grand. Le czar demandait la mort des coupables, et les légistes anglais déclaraient que les lois ne prévoyaient pas même le délit pour lequel on réclamait la peine capitale. Il fallait commencer par faire une loi : c'était la seule satisfaction que l'on pût donner au czar irrité. Le secrétaire d'Etat Boyle annonça au comte de Matucof « qu'il venait de proposer au Parlement, par ordre de la reine, de faire dresser un bill pour établir et garantir les priviléges des ambassadeurs, tant pour prévenir de pareils outrages à l'avenir, que pour faire voir à tout le monde combien Sa Majesté et toute la

(1) J'emprunte ces détails à De Rayneval, *Institutions du droit de la nature et des gens*, livre II, note 42, et à Merlin, *Répertoire*, au mot *Ministre public*, sect. 5, § 4, art. 3 (t. XX, p. 284-286 de l'édition de Bruxelles). Comparez Martens, *Causes célèbres du droit des gens*, t. II, p. 110.

nation britannique détestaient la violence qui avait été faite à la personne et au caractère de l'ambassadeur de Russie ».

Le bill fut communiqué aux ministres étrangers, qui ne le trouvèrent point de leur goût. Ils se plaignirent.

1° « De ce que le bill se bornait à annuler les poursuites exercées contre l'ambassadeur russe, sans y ajouter aucune peine contre les coupables. » Le czar avait demandé la mort, et le bill ne prononçait pas même l'emprisonnement ! Ces messieurs semblaient ignorer les premières notions de droit : une loi pénale peut-elle jamais rétroagir ? Dans les Etats despotiques, cela se voit, la loi et le jugement s'y confondent ; en Angleterre, cela était impossible.

2° « De ce que la franchise attachée au caractère de ministre public n'était pas présentée, dans le bill, comme dérivant du droit des gens, et paraissait n'avoir d'autre fondement que la loi même qu'il s'agissait de faire. » Est-il vrai que l'immunité soit de droit naturel ? L'Eglise fondait son immunité sur le droit divin, sur l'Ecriture sainte, afin de lui donner l'autorité d'un dogme révélé. Vains efforts ! Le droit divin s'en est allé. Et il en sera de même du droit des gens, que le corps diplomatique invoquait.

3° « De ce que le bill ne faisait point défense, sous des peines déterminées, d'insulter ou maltraiter les ministres publics et leurs domestiques, jusqu'au moindre. » Voilà à quoi aboutit le fétichisme de la royauté : il ne suffit point que l'ambassadeur soit à l'abri des insultes, ce qui veut dire qu'il peut braver ses créanciers sans que ceux-ci puissent agir contre lui d'après les lois du pays, il faut encore que les domestiques deviennent inviolables comme la majesté royale !

4° « De ce qu'il n'était pas défendu d'arrêter les équipages et autres effets, de quelque nature qu'ils fussent, appartenant aux ministres publics, et qui étaient censés *inter vasa legatorum.* » Encore du fétichisme !

5° « De ce que le bill ne parlait point de la franchise et sûreté entière de tout droit, dont doit jouir l'hôtel de tout

ambassadeur, ni de la défense d'y introduire des sergents ou officiers de justice, et à plus forte raison d'y commettre aucune violence par saisie ou autrement. » Les officiers de justice ont le droit de pénétrer dans les palais de nos rois; comment la majesté royale serait-elle blessée quand un huissier entre dans l'hôtel d'un ambassadeur? La justice a empire sur tous; ce qu'elle fait n'est pas violence, c'est la loi armée qui agit, et personne n'est au-dessus de la loi. Les prétentions des ambassadeurs se ressentent du bon vieux temps, où le moindre hobereau recevait les huissiers à coups de fusil quand ils osaient s'approcher de son castel. Toutes ces majestés-là ont été réduites au droit commun; il en sera de même des majestés diplomatiques : disons mieux, les diplomates n'y songent plus. Il y a un moyen très simple de se mettre à l'abri des huissiers, c'est de payer ses dettes; et l'on n'a pas affaire à la justice, tant que l'on ne transgresse pas les lois.

6° Enfin, le corps diplomatique se plaignait « de ce que le bill ne disait point que les ministres publics devaient jouir de leurs priviléges dès leur entrée en Grande-Bretagne jusqu'après leur congé pris, et aussi longtemps qu'ils se trouvaient encore dans les pays et terres britanniques, et qu'ils retiendraient le caractère d'ambassadeur qu'ils y auraient porté ».

Le bill de 1709 fit droit à quelques-unes de ces plaintes; il garda le silence sur les autres. On peut le lire dans Merlin, à qui j'emprunte ces détails (1). Le Parlement se borna à accorder aux ambassadeurs l'immunité en matière civile; il l'étendit aux serviteurs des ministres étrangers, mais en prenant des mesures contre les abus.

23. Dans les Provinces-Unies, il y eut de longues luttes entre les cours de justice et les Etats, au sujet des immunités que les ambassadeurs réclamaient. Le 19 décembre 1644, le Etats de Hollande firent part à la cour de la province des plaintes que formait contre elle l'am-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Ministre public*, p. 287, n° 5, t. XX de l'édition de Bruxelles. Comparez Phillimore, *International law*, t. II, p. 205 et suiv.

bassadeur de Suède. Elle répondit qu'elle avait juridiction en ce qui ne concernait point l'exercice de la mission des ministres publics, de laquelle ils n'avaient à répondre qu'à celui qui les avait envoyés; que, pourvu que l'on n'usât d'aucune violence ni d'aucune contrainte sur leur personne même, ils n'avaient aucun sujet de se plaindre; que les juges de son corps avaient toujours suivi cette règle dans leurs jugements, et que tel était l'usage de la plupart des nations de l'Europe (1).

Wicquefort dit que quelques années après, la même cour fit arrêter pour dettes le résident de Portugal, parce qu'elles avaient été contractées pendant son ministère. Il ajoute que don Francisco de Melos, ambassadeur de Portugal, ne fit pas de grands devoirs pour obtenir la liberté du résident : « parce qu'il y avait dans le procédé de celui-ci quelque chose de si *infâme*, que l'on n'avait garde d'en faire du bruit, de peur que la *friponnerie* du ministre ne fît tort à la dignité du prince qui l'employait (2). C'est l'histoire de toutes les immunités; elles conduisent fatalement aux abus et aux désordres : que l'on se rappelle les plaintes de la nation allemande contre les *malfaiteurs oints !*

Bynkershoek nous apprend encore que la cour de Hollande cita devant elle l'ambassadeur d'Espagne, qui se refusait à exécuter le contrat de louage qu'il avait souscrit. Les Etats Généraux finirent par intervenir; j'ai rapporté l'ordonnance qu'ils rendirent le 9 septembre 1679 en faveur de l'immunité des ministres publics.

24. Il n'est pas sans intérêt d'entendre les motifs que l'on donnait, en Hollande, contre l'immunité; le bon sens de nos frères du nord et leur esprit de justice se révoltaient contre des fictions qui trop souvent servaient à couvrir des *infamies* : le mot est de Wicquefort, grand partisan de l'immunité diplomatique. Bynkershoek rapporte, dans leur naïveté un peu brutale, les objections que les légistes hollandais faisaient contre les priviléges in-

(1) Bynkershoek, *De foro legatorum*, VII, 3. Bort, *De arrestis*, IV, 14.
(2) Wicquefort, *l'Ambassadeur et ses fonctions*, livre I, section 27.

voqués par les ambassadeurs : « Un ambassadeur représente à la vérité son prince, mais de la même manière qu'un procureur représente celui qui lui a donné commission de faire quelque chose, c'est-à-dire dans les affaires dont il s'est chargé. Ainsi, il faut, à la vérité, que l'on n'apporte aucun retardement ni aucun empêchement à ce que l'ambassadeur puisse vaquer en toute commodité à ses négociations, dans l intérêt de son prince; mais, comme il n'a point ordre de traiter pour son avantage particulier, moins encore de mal faire, ne peut-on pas, sans choquer son maître, le laisser dépendre de la juridiction de l'autre puissance dans les Etats de qui il a contracté ou délinqué? Doit-on souffrir qu'un ambassadeur qui, en se rendant coupable de quelque crime, a lui-même violé, le premier, le droit des gens, jouisse du bénéfice de ce même droit, pour éviter la punition qu'il a méritée, ou pour décliner la juridiction du souverain chez qui et contre qui, ou contre les sujets duquel il a péché, au mépris du droit des gens? Faut-il permettre qu'un ambassadeur, en contractant, mette les autres dans quelque obligation, sans s'obliger lui-même à rien, ou plutôt qu'il puisse appeler les autres en justice pour toutes sortes d'affaires, alors qu'il ne peut lui-même y être appelé pour aucune? Doit-on souffrir que, dans les contrats particuliers qui n'ont aucun rapport avec son ambassade, il *dupe* nos sujets en *vrai filou*, et qu'il emporte chez lui leur bien et leur argent, et cela souvent sans aucune espérance de recouvrer ce qui leur est dû, à cause des difficultés et de la dépense du voyage, et par le risque qu'ils courent de plaider, dans un autre Etat, contre un adversaire redoutable?

« Tout ce que l'on peut dire pour colorer la justice d'un privilége si incommode, c'est qu'il est nécessaire de l'accorder jusqu'à ce point pour ne pas détourner les ambassadeurs des fonctions de leur emploi. Mais s'ils ont le temps et la commodité de faire des contrats et d'*escroquer* l'argent des sujets de l'Etat, ne peuvent-ils pas aussi trouver moyen de poursuivre un procès, sans préjudice des affaires de l'ambassade? Qu'ils ne contractent donc point, s'ils craignent les procès; ou, s'ils veulent contrac-

ter, qu'ils se résolvent à répondre en justice pour ce sujet, et qu'ils pensent qu'en tout ce qu'ils font au delà de ce que demande manifestement le but de l'ambassade, ils agissent en simples particuliers, et que, comme tels, ils sont soumis aux mêmes lois et à la même juridiction que les sujets naturels de l'Etat.

« *On a beau dire qu'ils seraient détournés des fonctions de l'ambassade, s'il fallait qu'ils vaquassent à des procès*. Les *ambassadeurs* qui résident pendant longtemps dans une cour étrangère, comme font aujourd'hui la plupart, *n'ont presque rien à faire,* et *ne passent guère leur temps qu'en festins*, en *spectacles* ou *autres sortes de divertissements, se contentant d'écrire quelquefois à leur prince, pour lui apprendre qu'ils sont encore en vie, et qu'ils pensent quelquefois à leur maître* (1). »

Voilà la réalité. Qu'on la mette en regard de la fiction, et que l'on décide si la fiction a une raison d'être.

25. Il y a quelque chose de plus curieux que la critique de l'immunité des ambassadeurs : on pourrait croire que c'est une satire. Non ; nous allons entendre la défense, écrite par Bynkershoek, partisan décidé du privilége des ministres publics : c'est l'apologie qui ressemble à un persiflage : on ne saurait rien dire de plus cruel sur le compte de ceux qui se disent les représentants de la majesté royale.

Bynkershoek avoue que, si l'on consulte les maximes de la raison toute seule, il n'est pas facile de décider si les ambassadeurs peuvent ou doivent être appelés en justice, ou accusés. Après avoir reproduit les motifs que je viens de transcrire, l'auteur dit qu'il ne manque point de motifs pour justifier le privilége que l'on attribue aux ministres publics : « Les ambassadeurs sont si utiles et si nécessaires, pour que les *nations vivent entre elles en repos* et en *bonne union,* qu'autant on a à cœur cette fin, autant doit-on faire cas de leur ministère qui la procure. » Bynkershoek va nous dire à l'instant comment les ambassadeurs, ces espions titrés, entretiennent entre les

(1) Bynkershoek, *De foro legatorum*. VII, 2 (traduction de Barbeyrac).

peuples l'harmonie et l'amitié. Il continue : « Sans eux, qui ménagerait des traités de paix et des alliances? Qui terminerait à l'amiable des démêlés qui ont existé entre deux nations, une guerre sanglante, par laquelle elles courent à la ruine l'une de l'autre? » L'apologiste se donne ici une peine inutile : qui a jamais contesté l'utilité, et même la nécessité des ambassades? Un écrivain anglais cite les paroles de Cicéron sur l'inviolabilité des ambassadeurs, même entre ennemis; Phillimore dit que le respect dont les Romains les entouraient fait honte à la civilisation chrétienne (1). Cependant les jurisconsultes de Rome ne savaient pas ce que c'était que l'exterritorialité. Le respect et l'inviolabilité des ambassadeurs peuvent donc coexister avec l'empire des lois et des tribunaux : c'est prononcer la condamnation de ces priviléges que de supposer seulement que, là où ils sont reconnus, les lois se taisent et la justice est enchaînée.

Bynkershoek demande « si l'on peut refuser à ces ministres de la paix et des alliances le *privilége* d'être en *sûreté* dans l'endroit où ils vaquent à de si nobles fonctions ». C'est confondre, comme le font la plupart des auteurs, l'inviolabilité des ministres publics et l'immunité de toute juridiction que l'on réclame pour eux. L'inviolabilité doit être entière, et elle suffit pour que les ministres remplissent leur mission de paix et de concorde; ils n'ont pas besoin d'immunités. Ce serait une singulière façon de prêcher l'union et le règne du droit que de commencer par troubler la sûreté publique par des crimes, ou de violer la bonne foi des relations privées par la fraude. Ceux qui aiment tant à être en sûreté feraient bien de respecter la sûreté des autres.

Bynkershoek ne nie point qu'il naisse des immunités quelque *injustice* : « c'est une de celles, dit-il, qui, comme les grands exemples, est récompensée par l'*utilité publique* ». Cette maxime est empruntée à Tacite, et elle n'en vaut pas mieux pour cela; la voici : « Habet aliquid ex *iniquo* omne magnum exemplum, quod *contra singu-*

(1) Phillimore, *International law*, p. 189, n° 175.

los, utilitate publica rependitur (1). » Est-il vrai que l'*injustice* qui frappe les *particuliers* soit compensée par l'*utilité publique* qui en résulte? C'est la loi du *salut public* que l'on répète depuis des siècles, sans songer aux crimes qu'elle justifie ou excuse. Il a fallu qu'un *comité*, qui prit le nom de *salut public*, pratiquât l'assassinat légal en faisant périr sur l'échafaud des femmes et des vieillards innocents, sous le prétexte du *salut suprême*, pour ouvrir les yeux sur cette détestable maxime. Non, il n'y a pas de *salut public* contre la *justice;* le plus grand intérêt que puisse avoir une société, c'est de sauvegarder les droits des particuliers : si ces droits sont sacrifiés à un prétendu salut public, la société n'a plus de raison d'être, car elle n'est établie que pour la protection des individus. On s'explique que, dans la tourmente d'une révolution, la politique sacrifie la justice à une mesure qui est considérée comme nécessaire pour sauver la patrie et la liberté : l'entraînement excuse ceux qui sont acteurs dans ces terribles drames. Mais on voit, par l'application que Bynkershoek fait de la maxime du salut public à l'immunité des ambassadeurs, combien elle est dangereuse. Quoi! la société périrait si l'on ne permettait aux ministres étrangers de tromper leurs créanciers! Quoi! le salut public demande que les ambassadeurs et leurs domestiques puissent assassiner, adultérer, violer impunément! Cela serait ridicule,si cela n'était odieux.

Bynkershoek va nous dire en quoi consiste l'utilité publique des immunités. Ici nous entrons dans le domaine de l'ironie : « Que l'on permette une fois de rechercher les *crimes* que les ambassadeurs peuvent avoir commis, et de les *punir,* surtout lorsqu'ils *trament* quelque chose *contre le prince* auprès duquel ils sont envoyés; *aucun ambassadeur* ne sera *jamais* bien *en sûreté.* » Et la raison? De ce qu'il y a des ambassadeurs assassins, voleurs, traîtres, qu'est-ce que cela peut faire aux ministres publics dont l'honorabilité est à la hauteur de leur mission? Les honnêtes gens ont-ils quelque chose à craindre parce

(1) Tacite, *Annales*, XIV, 44.

qu'on punit les coquins? Ecoutons la réponse de Bynkershoek, l'apologiste des ambassades et des immunités qui y sont attachées. « Examinez, dit-il, en quoi consiste l'*emploi* des ministres publics, sur le pied qu'il est *aujourd'hui* et qu'il a été *par le passé* : vous trouverez qu'il se réduit *uniquement* à procurer, autant qu'il leur est possible, l'*avantage de leur prince.* » Voilà de singuliers agents de paix et de concorde : ils n'ont qu'une chose en vue, l'intérêt de leur maître. Que l'on se rappelle l'idéal du *Prince*, tracé par Machiavel : il n'y a point de crime dans le code pénal que l'intérêt du prince ne justifie. Que dis-je? les crimes deviennent des vertus, et les vertus sont traitées de niaiseries. Bynkershoek dit à peu près la même chose; je lui laisse la parole :

« Les ambassadeurs ne peuvent souvent réussir à procurer l'avantage de leur prince qu'en se faisant un parti, ou *à force d'intrigues,* ou *à force d'argent,* parmi les *grands* de l'Etat où ils sont en ambassade; en tâchant de *découvrir* les *secrets du gouvernement,* à la faveur, par exemple, des *secrétaires* qu'ils *corrompent;* en *excitant* ou *fomentant* des *inimitiés* et des *factions* (eux, les ministres d'union et de concorde!); en employant le *vin*, l'*amour*, la *faveur*, et *autres moyens déshonnêtes,* pour ménager les affaires dont ils sont chargés. » Le tableau est dressé d'après nature; Wicquefort abonde dans les mêmes idées, et l'histoire confirme, à chaque page, ce que disent les apologistes des immunités. Bynkershoek se contente de qualifier de *déshonnêtes* les pratiques usuelles des ambassadeurs : cela prouve combien le sens moral était bas à une époque où régnait l'honneur monarchique; la corruption par l'argent et la débauche, la trahison, la discorde, voilà les moyens et le but de ceux qui s'enorgueillissaient d'être les représentants de la majesté royale : Et les rois étaient complices! Hâtons-nous d'ajouter que c'est de l'histoire. Et si l'histoire atteste combien l'homme est imparfait, elle témoigne aussi qu'il est perfectible. Il n'y a plus d'assassin couronné, tel qu'était Philippe II ; il n'y a plus d'ambassadeurs qui fassent le vil métier de corrupteur. Le niveau moral s'est élevé; on ne trouverait

plus aujourd'hui un Machiavel traçant l'idéal d'un prince coupable de tous les crimes. Il n'y a plus de ministres publics, occupés à trafiquer des consciences. L'état politique a changé; il n'y a plus de profit à corrompre, car la corruption serait d'un mince avantage : les destinées du monde se décident dans les parlements et non dans le cabinet d'un secrétaire; la grande politique a remplacé la politique de ruse et de friponnerie. N'en faut-il pas conclure que la situation des ambassadeurs doit également se modifier?

Bynkershoek, après avoir constaté les moyens déshonnêtes que les ambassadeurs de son temps employaient pour procurer l'avantage de leur prince, demande « s'il faudra les accuser en justice et les punir dès qu'ils seront convaincus de quelque chose de semblable? » Il répond : « Autant vaut abolir l'usage des ambassades. » L'aveu est naïf, et il est accablant pour la vieille diplomatie. « Qu'un ambassadeur soit coupable d'un de ces crimes que chacun peut commettre, la prison et les autres choses par lesquelles il faudra qu'il passe dans le cours des procédures de la justice ne troubleront-elles pas son commerce de lettres, et n'empêcheront-elles pas l'exécution de ses ordres(1)? » Ainsi, il faut permettre tous les crimes aux ambassadeurs, si l'on veut qu'il y ait des ambassades! Voilà une morale que la conscience moderne réprouve. C'était la morale du bon vieux temps, même celle de l'Eglise. Au concile de Constance, on demanda l'abolition du célibat, cause incessante d'immoralité. Gerson, le célèbre chancelier de l'université de Paris, répondit que sans le célibat il n'y aurait plus d'Eglise. L'intérêt de l'Eglise et de sa domination était plus sacré que celui des bonnes mœurs. Bynkershoek raisonne de même : Il faut des ambassades, donc on doit laisser les ambassadeurs voler, assassiner, adultérer. Aujourd'hui nous disons : La morale avant tout, parce que, sans morale, il n'y a plus de société. Donc l'ambassadeur doit être soumis à la

(1) Bynkershoek, *De foro legatorum*, VII, 5. Comparez Wicquefort, *l'Ambassadeur*, sect. II, 1, et sect. IX.

justice criminelle quand il commet un crime ; et si la prison ne lui permet point de remplir ses fonctions, il y a un moyen bien simple de pourvoir aux besoins du service, c'est de remplacer un coquin par un honnête homme.

§ II. *Les souverains.*

N° 1. LA TRADITION.

26. Bynkershoek dit, au commencement de son livre sur le *for compétent des ambassadeurs* : « Avant que d'examiner la question de l'immunité des ambassadeurs, qui représentent la personne de leur maître, il faut dire quelque chose du maître même, c'est-à-dire d'un souverain qui se trouve dans les Etats d'une autre puissance, ou qui y possède des biens. » En effet, si le représenté jouit de l'immunité, il est assez naturel qu'on l'accorde aussi au représentant ; si, au contraire, on doit la refuser au souverain, il est difficile de le reconnaître à celui qui le représente.

Les auteurs modernes ne s'arrêtent guère à la situation du souverain qui se trouve à l'étranger ; sans doute, parce que cela arrive rarement, et quand cela arrive, l'usage s'est établi que les princes gardent l'incognito, et dans ce cas, il ne peut plus être question de priviléges de la souveraineté, le souverain étant censé avoir abdiqué, pendant son séjour en pays étranger, la qualité qui pouvait lui donner droit à certaines prérogatives. Toutefois la question conserve son importance, au point de vue des principes. J'ai dit que l'immunité des ambassadeurs est un débris d'un passé qui s'en va, et qu'elle tient à des idées et à des préjugés qui n'ont plus de raison d'être. Cela est vrai surtout des souverains, car la souveraineté s'est complètement transformée. Il faut donc voir quelle était, dans la tradition monarchique, la situation des princes souverains : la révolution qui s'est faite dans les idées et dans les lois doit nécessairement influer sur la question des immunités que l'on reconnaissait jadis aux rois.

27. L'hostilité presque permanente qui régnait jadis

entre les souverains ne permettait guère à un prince de résider sur le territoire d'une puissance ennemie, ou même d'y passer. Un auteur français allait jusqu'à dire qu'on ne péchait pas contre le droit des gens en arrêtant un prince qui vient *incognito*. Pufendorf, qui rapporte cette opinion, ajoute qu'il ne voit pas bien en vertu de quel droit on pourrait se porter à cette violence. Toutefois il ne conseillerait pas, dit-il, à un souverain d'entrer dans les terres d'un autre sans son consentement (1). C'est sans doute à raison de cet état précaire des relations internationales, que la question des immunités était si controversée entre les auteurs. Pufendorf enseigne que, par une espèce de fiction, les rois, de même que leurs ambassadeurs, sont censés être hors des Etats du prince dans le pays duquel ils entrent de son consentement. Mais cette opinion était loin d'être généralement partagée. Un jurisconsulte allemand d'un grand renom, Coccejus soutenait qu'en vertu du pouvoir qu'a un prince dans les terres de son obéissance, tous ceux qui s'y trouvent sont censés être ses sujets. Ce principe était admis par Grotius. On en concluait que le roi qui séjourne dans un pays étranger est dépouillé de ses droits de souveraineté, et mis au même rang que tout particulier, membre de cet Etat, soumis, par conséquent, aux lois du pays où il demeure. Cela est ainsi de nécessité, disait-on, car quiconque entre dans un pays étranger n'y est reçu que sous cette condition tacite. Les jurisconsultes anglais, imbus de l'esprit féodal, donnaient la plus grande extension à la souveraineté territoriale; ils disaient que l'empereur même, bien qu'il passât pour chef de la chrétienté, n'était plus qu'un simple particulier dès qu'il se trouvait sur les terres d'un autre Etat. On citait deux ou trois exemples de princes qui avaient été condamnés par les tribunaux du pays où ils se trouvaient momentanément (2).

28. Bynkershoek conteste le point de départ de cette doctrine; il n'admet pas que les étrangers deviennent

(1) Pufendorf, *De jure naturæ et gentium*, VII, 4, 21.

(2) Voyez les citations dans Bynkershoek, *De foro legatorum*, c. III, § 3.

sujets de l'Etat où ils séjournent. Néanmoins il accorde qu'ils sont soumis aux lois pénales et qu'ils peuvent être, en certains cas, traduits devant les tribunaux civils. Reste à savoir si ces exceptions sont applicables aux princes. Supposons, c'est Bynkershoek qui parle, qu'un souverain, étant sur les terres d'un autre souverain, y commette des meurtres et des rapines, use de violences contre ses gens et contre les sujets de l'Etat, qu'il trame quelque acte d'hostilité contre le prince qui l'a reçu : dirons-nous que, parce qu'il s'agit de crimes, il peut être arrêté et puni par le souverain qu'il a offensé? Supposons encore que ce prince étranger se soit endetté considérablement, pourra-t-on l'arrêter, le citer en justice et le contraindre à payer? Bynkershoek paraît indécis. « Ici je ne décide rien », dit-il. Il était magistrat, et habitué à traiter les questions d'après les principes du droit civil; tandis que, dans l'espèce, la solution devait être cherchée dans les règles du droit des gens, comme toutes les difficultés qui regardent les rapports des princes entre eux (1). Cette manière d'envisager le débat me laisse des scrupules. La conservation de l'ordre social exige que les crimes soient punis, quels que soient les coupables, princes ou sujets, et la société est tout aussi intéressée à ce que les engagements civils soient remplis. Le droit des gens n'est pas en cause quand il s'agit de la juridiction des tribunaux; celle-ci concerne les droits et les devoirs de la société. Et le maintien de l'ordre social n'est-il pas une condition essentielle de l'existence et de la conservation des sociétés humaines? Y aurait-il un droit des gens s'il n'y avait plus de droit civil et de droit pénal? Et comment la justice régnerait-elle entre les nations si elle n'était pas observée entre les individus?

A en juger par la raison toute seule, continue Bynkershoek, il y a beaucoup de choses à dire pour et contre l'immunité des souverains. « En effet, si un tel prince agit, non en prince, mais en *brigand*, s'il tue, s'il cabale, s'il exerce des actes d'hostilité contre l'Etat ou le monar-

(1) Bynkershoek, *De foro legatorum*, III, 11.

que, faudra-t-il que tous ces crimes demeurent impunis? S'il escroque l'argent des sujets de l'Etat, en empruntant de toutes parts, le laissera-t-on libre de remporter ce riche butin? Il est difficile de se résoudre à accorder une pareille impunité. » Voilà le cri de la conscience qui se soulève contre tous les malfaiteurs oints ou couronnés. Et quand la justice réclame, toute autre considération devrait être écartée.

Cependant notre légiste fait taire sa conscience : « Il ne manque pas de raisons pour appuyer l'opinion contraire. Si les ambassadeurs, qui représentent la personne de leur prince, ne sont pas soumis à la juridiction des puissances auprès desquelles ils sont accrédités, ni pour leurs contrats, ni pour fait de crimes, dirons-nous que le prince lui-même doit reconnaître cette juridiction? Ce que la raison et le consentement de tous les peuples ont établi à l'égard des ambassadeurs, *parce qu'ils représentent leur prince*, le refuserons-nous au prince lui-même qui vient en personne négocier ses affaires? Le prince n'est-il pas plus respectable que ses ambassadeurs? » C'est un argument *à fortiori*, comme disent les légistes. Ne serait-ce pas un cercle vicieux? Les ambassadeurs jouissent de l'immunité parce qu'ils représentent le prince, et le prince en jouit parce que les ambassadeurs en jouissent. Et l'exemption de toute juridiction que l'on reconnaît aux ambassadeurs est-elle en harmonie avec la raison? Si elle est irrationnelle, immorale, subversive de l'ordre social, il n'y a plus lieu de raisonner par argument *à fortiori*, sinon, on aboutit à déraisonner.

Bynkershoek insiste sur la comparaison entre le prince et l'ambassadeur. Celui-ci est exempt de la juridiction étrangère, mais il reste soumis à la juridiction de son pays. Le souverain n'a aucun supérieur qui puisse faire raison aux parties intéressées des plaintes qu'ils ont à sa charge. Tel est le vrai fondement de l'immunité des princes; ils n'ont pas de juges, et comme ils sont princes partout, ils ne peuvent être justiciables d'aucun tribunal. Le vieux régime monarchique le voulait ainsi : les rois étaient au-dessus de la loi, même de la loi morale, témoin Louis XIV

et ses trois reines, et les bâtards adultérins qu'il fit légitimer.

Ce roi adultère disait aussi : L'Etat, c'est moi, et les gens d'Eglise lui avaient fait accroire qu'il était le représentant de Dieu sur cette terre. Les dieux sont-ils justiciables des tribunaux humains? C'est dans ces termes que la question se posait sous l'ancien régime. Ce n'était certes pas l'avis des Hollandais qui avaient secoué le joug du prince que Schiller appelle le Démon du midi. Mais, dans le domaine du droit, les fictions passent pour des vérités, et elles ont la même ténacité que les principes juridiques. Cela explique la persistance de la fiction monarchique, mais cela ne la justifie point.

29. Bynkershoek passe ensuite aux usages des nations ; et il avoue qu'ici son embarras est plus grand encore. Pour que l'usage formât une règle de droit sur la matière, il faudrait des exemples, et en assez grand nombre, des jugements conformes, rendus par divers peuples en différentes occasions. Or, ces précédents n'existent point ; il est rare que les princes voyagent, plus rare encore qu'ils commettent des crimes ou contractent des dettes qui les assujettissent aux tribunaux. Les exemples que l'on cite sont même sujets à contestation. Tel est le jugement de Marie d'Ecosse : était-elle encore reine quand elle fut condamnée à mort? L'exécution de Conradin, le dernier rejeton de l'héroïque race des Hohenstaufen, est une vengeance pontificale, et la vengeance ne fait pas droit. Henri IV se borna à renvoyer de sa cour, malgré l'avis de son conseil, le duc de Savoie qui conspirait contre lui. C'est un acte de clémence qui ne fait pas plus droit qu'un acte de cruauté. Bynkershoek conclut qu'il faut s'en tenir à la raison, et il se décide en faveur de l'immunité, par analogie : « Comme la dernière extrémité à laquelle on peut en venir contre un ambassadeur est de lui ordonner de quitter le pays, je croirais qu'il faut en user de même à l'égard d'un prince qui a violé les droits de l'hospitalité (1) ».

(1) Bynkershoek, *De foro legatorum*, III, 17.

30. Bynkershoek fait des réserves qui témoignent contre l'immunité. Il suppose qu'un prince se conduit comme un *brigand;* dans ce cas, il est permis de le traiter en ennemi. Je réponds qu'en droit, il n'y a point de différence entre les crimes énormes et les crimes ordinaires : celui qui tue, vole et adultère est coupable aussi bien que le roi que le légiste hollandais traite de brigand. Ces distinctions prouvent que l'immunité ne repose sur aucun principe certain. Se contenter d'ordonner à un assassin ou à un conspirateur de sortir du royaume, ce n'est point rendre la justice, c'est, au contraire, la violer; et si le roi est inviolable pour les crimes ordinaires, il n'y a point de raison pour qu'il ne le soit pas pour des crimes atroces. On pourrait citer Jean XXII, ce vicaire de Dieu, qui avait commis tous les crimes prévus par le code pénal et d'autres encore.

31. « Je dis la même chose, continue Bynkershoek, d'un prince qui s'est endetté dans notre pays. Car de l'arrêter pour le contraindre à payer, cela ne s'accorderait pas avec ce qui est reçu partout au sujet des ambassadeurs, qui auraient ainsi plus de priviléges que ceux de la part de qui ils sont envoyés. » Autre est la question de savoir si l'on peut saisir les biens d'un prince étranger. On s'abstient de l'arrêter lui-même, par respect pour son caractère; mais peut-on dire que les biens qu'il possède dans un Etat étranger soient aussi sacrés que sa personne? Les biens ne changent pas de nature selon qu'ils appartiennent à un prince ou à un particulier. Les auteurs étaient néanmoins partagés. Bynkershoek approuve ce que dit Hilliger, le commentateur de Doneau : « Encore qu'une personne soit fort élevée en dignité, elle est soumise, en ce qui concerne les biens qu'elle possède, à la juridiction de son inférieur; à cet égard, on regarde les rois mêmes comme sujets. Le juge a le pouvoir de citer devant lui le propriétaire des biens, meubles ou immeubles, sans en excepter l'argent, qui se trouvent dans l'étendue de sa juridiction, et d'ordonner quelque exécution sur ces biens, pour quelle dette que ce soit. »

Telle était la jurisprudence des cours des Pays-Bas.

Les Etats généraux le déclarèrent eux-mêmes en l'an 1628. L'électeur de Brandebourg n'ayant point satisfait un créancier qui avait porté plainte devant eux, ils permirent au plaignant de faire saisir les biens que l'Electeur avait dans le ressort des Conseils de Brabant et de Flandre. Un marchand fit aussi arrêter dans cette ville, en 1670, des créances qui étaient dues à la république de Venise; la république eut beau en témoigner du ressentiment, on ne leva point l'arrêt, malgré toutes ses réclamations. En 1689, un créancier du duc de Mecklembourg fit arrêter, par ordre de la cour, les biens qu'il avait en Hollande; de quoi le duc se plaignit amplement aux Etats Généraux comme d'une infraction au droit des gens; mais je ne trouve pas, dit notre auteur, qu'on ait levé l'arrêt. Bynkershoek ajoute qu'il fut lui-même témoin de poursuites, devant la cour où il siégeait, contre le duc de Courlande. Et il n'y a que peu d'années, dit-il, que le roi de Prusse fut appelé en justice, par ordre de la cour souveraine. Je rapporte ces détails, parce qu'ils constatent la tradition sur une question très controversée en droit français. La jurisprudence hollandaise ne distingue point entre les biens du prince considéré comme souverain et les biens qu'il possédait comme particulier. Cette distinction était inconnue dans l'ancien régime, les deux patrimoines n'en faisaient qu'un, le roi étant propriétaire de l'un et de l'autre. La distinction n'était pas même possible pour les biens qui appartenaient aux républiques : les cours de justice saisissaient les biens de Venise, comme elles arrêtaient ceux du roi de Prusse. C'est, à mon avis, la bonne doctrine. J'y reviendrai.

N° 2. LE DROIT MODERNE.

32. L'immunité des princes et des ambassadeurs dépend du droit des gens, et ce droit est essentiellement traditionnel, il se compose d'usages généralement observés par les nations civilisées. Cela explique la persistance

(1) Bynkershoek, *De foro legatorum*, III, 20; IV, 2-5.

du privilége que l'on reconnaît aux souverains. Phillimore va jusqu'à dire qu'il ne vaut pas la peine d'examiner si l'immunité est fondée sur le droit naturel ou sur la coutume (1); le fait lui suffit. Non, le fait ne suffit point, et la coutume, fût-elle aussi certaine qu'elle l'est peu, n'a point de garantie de durée si elle est en opposition avec les principes de justice absolue auxquels on donne le nom de droit naturel. Le fait que le légiste anglais invoque n'est pas même démontré. Bynkershoek l'avouait; c'est parce qu'il n'y avait pas de tradition bien caractérisée, qu'il recourait à la raison, c'est-à-dire au droit naturel. Voilà jusqu'où va l'incertitude du droit des gens; les auteurs ne s'accordent pas même sur les faits: l'un s'appuie sur les faits, et l'autre dit qu'il n'en existe pas!

Phillimore cite encore un adage emprunté à la doctrine de la souveraineté des nations : *Par in parem non habet potestatem*. On invoqua cette maxime, dans le procès de Marie Stuart, en faveur de la malheureuse reine d'Ecosse : étant souveraine, la reine d'Angleterre, disait-on, n'avait sur elle aucune juridiction (2). Sans doute, les nations vivant dans un état d'indépendance ne peuvent exercer aucune autorité l'une sur l'autre. Cela est vrai, en ce sens que leurs contestations se vident les armes à la main. Mais l'immunité n'a rien de commun avec les débats qui ensanglantent les champs de bataille. Quand un prince commet un délit en pays étranger, ou y contracte des dettes, c'est un individu qui est en cause, ce n'est pas la nation dont il est le chef. Sous l'ancien régime, un roi pouvait dire: L'Etat, c'est moi, et décliner, en conséquence, toute juridiction étrangère. Mais la théorie de Louis XIV n'est plus celle du dix-neuvième siècle, et Phillimore n'admet certes pas que la reine d'Angleterre puisse dire: L'Etat, c'est moi. Il faut donc laisser de côté la vieille monarchie avec son droit divin et son pouvoir absolu. C'est un anachronisme et une confusion d'idées que d'appliquer, dans les Etats constitutionnels, des maxi-

(1) Phillimore, *International law*, t. II, p. 120.
(2) Phillimore, *International law*, t. II, p. 121 et note *l*.

mes qui impliquent que la nation se concentre dans la personne du prince.

33. Cependant l'immunité des princes figure toujours comme un axiome dans les traités les plus récents sur le droit international. J'ai sous les yeux la huitième édition des Eléments du droit des gens de Wheaton (1). L'auteur se fonde sur un usage général qui n'existe point, comme je viens de le dire, au témoignage de Bynkershoek. Il invoque encore la courtoisie internationale (*comity of nations*). Je ne sais ce que les convenances ont à faire dans ce débat. Dans la science du droit international privé, les Anglo-Américains et, en général, les réalistes font appel à la courtoisie des nations, pour autoriser le juge territorial à admettre l'application des lois étrangères, par dérogation au droit strict de la réalité des lois; tandis que Wheaton se prévaut de la courtoisie pour exempter les princes de la juridiction de l'Etat étranger sur le territoire duquel ils se trouvent. Des raisons de convenances peuvent-elles être mises en parallèle avec le droit et le devoir de la justice? Chose singulière, le mot de justice ne figure point dans les ouvrages sur le droit international : il devrait y occuper, me semble-t-il, la première place, puisque notre science, au point de vue le plus général, a pour objet d'établir la communauté de droit entre les peuples.

Wheaton, quoique citoyen d'une république, est imbu d'un certain préjugé en faveur de la monarchie; il parle des rois avec un singulier respect : ils représentent, selon lui, le pouvoir, la dignité, et tous les attributs de la souveraineté nationale. Le célèbre écrivain a sans doute en vue le droit de son ancienne mère patrie : le culte de la royauté existe encore en Angleterre, le droit public y est traditionnel comme le droit privé. Des institutions qui remontent jusqu'à Guillaume le Conquérant ont au moins pour elles le prestige d'une autorité séculaire; mais je doute que ce soit plus qu'un souvenir. En tout cas, il n'en est plus de même sur le continent. Que Wheaton ouvre notre constitution, il y verra que la nation est souveraine,

(1) Édités par Richard Henri Dana, Londres, 1866.

et que le roi n'est pas même le représentant de la souveraineté nationale; ses pouvoirs sont strictement limités, il n'en a d'autres que ceux qui lui sont accordés par la loi fondamentale, et le législateur ne pourrait même lui en accorder d'autres. Nous voilà loin de la majesté royale telle que Wheaton se la représente. Et la doctrine de la Constitution belge est au fond celle de toutes les monarchies constitutionnelles. La royauté n'est plus qu'une garantie de stabilité, un élément conservateur ; et, à mon avis, elle n'a rien perdu par cette transformation.

La courtoisie internationale que Wheaton invoque implique l'existence d'une convention tacite entre les nations. Il en est de même de l'immunité des princes, s'il en faut croire l'auteur américain. En permettant à un prince d'entrer sur son territoire, et cette autorisation est toujours présumée, le souverain consent à le traiter comme le représentant de la nation dont il est le chef; ce qui exclut tout pouvoir de juridiction que les tribunaux pourraient exercer à son égard (1). Tel est le frêle fondement de l'immunité royale. Exempter les princes étrangers de la juridiction, c'est suspendre l'exercice de la justice, dans tous les cas où un souverain serait en cause. Or, la justice tient à la souveraineté, dont elle est une des manifestations les plus éclatantes : une nation peut-elle renoncer à sa puissance souveraine? La question, à mon avis, n'a point de sens. Elle n'en a pas surtout quand il s'agit de la distribution de la justice, qui est le fondement de l'ordre social. Il n'y a plus de société là où le droit n'est pas sauvegardé; donc permettre aux princes étrangers de manquer à leurs engagements, et de commettre impunément des délits au préjudice des particuliers et de l'Etat même, c'est détruire la société dans ses fondements ; or, les nations ont avant tout le devoir de se conserver, ce qui rend nulle toute convention tacite par laquelle elles ruineraient leur existence. Je ne sais si je me fais illusion, mais il me semble que quand d'aussi graves intérêts sont en jeu,

(1) Wheaton, *Elements of international law*, p. 153, 155, § 95, n° 1, et § 97, n° 1.

il ne convient guère de parler de courtoisie, comme s'il s'agissait de faire la cour aux rois. J'admettrais volontiers cet ordre d'idées pour le cérémonial et les honneurs, mais la justice domine ces petits intérêts de vanité.

34. Tant que l'on n'entre pas dans les détails de l'immunité royale, il est facile de se payer de mots en guise de raisons. Wheaton se contente des généralités que je me suis permis de critiquer. Phillimore aborde les difficultés qui se présentent dans l'application. Il admet l'immunité en matière criminelle, sauf que, dans des *cas extrêmes*, la règle cesse d'être applicable. L'auteur ne dit pas quels sont ces cas extrêmes. Son embarras est visible, et il l'avoue. Comment supposer que les rois, représentants de la majesté des lois, violent les lois, et qu'ils se rendent coupables de crimes pour lesquels ils devraient être jugés par des tribunaux qui rendent la justice au nom du roi? L'auteur anglais voit là une contradiction logique, et une impossibilité légale. Il reste fidèle à son principe : « *Par in parem non habet potestatem*. » Les princes ne sont pas justiciables d'un tribunal étranger; donc il n'y a jamais lieu contre eux à l'exercice d'un pouvoir judiciaire proprement dit. Si un roi commettait un crime, on ne pourrait pas le traiter en criminel, il faudrait le regarder comme un ennemi; on aurait le droit de le mettre sous bonne garde, afin de prévenir le mal, ou pour l'empêcher de continuer à le faire; Phillimore ose même aller plus loin, il croit que la violence pourrait être repoussée par la violence. Ce serait une espèce de guerre; on traiterait les princes comme des bêtes féroces qui s'échappent de leurs cages. Cette comparaison n'est pas de l'écrivain anglais; quelque peu respectueuse qu'elle paraisse, elle est l'expression de la réalité des choses. L'exercice régulier de la justice ne serait-il pas tout ensemble plus honorable et plus conforme à l'ordre social? Nous ne vivons plus dans l'état de nature, où l'homme est un loup pour l'homme. Le rétablira-t-on pour les rois? et cela par respect ou par courtoisie pour la majesté royale? C'est oublier que l'existence de la société est en jeu : on peut repousser un loup par des coups de fusil, les bêtes féroces ne portent pas at-

teinte à l'ordre public. Il n'en est pas de même des crimes que des princes commettraient; plus ils sont haut placés, plus le désordre social serait grave; il ne suffirait pas de les abattre, comme on fait des chiens enragés, il faut que la justice leur inflige la peine que la loi établit contre ceux qui troublent la tranquillité publique (1).

Je m'aperçois, en poussant les choses à bout, que Phillimore n'avait pas tort d'éprouver un certain embarras pour traiter ces questions. Mais à qui la faute si nécessairement on manque de respect à ceux qui sont toujours considérés comme chefs des nations? La faute est à ceux qui réclament pour les rois une immunité qui dégénérerait fatalement en impunité. Disons mieux, la royauté s'est modifiée comme tout notre état social. Il n'y a plus de roi qui dise comme Louis XIV : L'Etat, c'est moi. Mais aussi il n'y a plus de roi qui ait trois reines et qui songe à légitimer ses bâtards adultérins. C'est faire injure aux princes que de discuter, ne fût-ce qu'en théorie, des questions qui impliquent qu'ils ressemblent à des brigands : l'expression est de Bynkershoek, grand partisan de l'immunité royale. Il serait bien plus simple, et plus respectueux de rejeter les vieilles traditions, expression de mœurs qui ne sont plus les nôtres; personne ne songerait alors à supposer que les rois soient des brigands couronnés.

35. Les princes jouissent-ils de l'immunité, en ce qui concerne leurs biens? Phillimore constate le dissentiment qui existe sur ce point entre les auteurs, soit anciens, soit modernes. La pratique non plus n'est pas unanime. Faut-il distinguer entre les meubles et les immeubles? Il y a des autorités pour et contre, sans que l'on puisse affirmer qui a raison. Tout dépend de la courtoisie des nations; et qu'est-ce que la courtoisie? Il est certain que ce n'est pas un principe de droit, le mot même prouve qu'il n'y a point de droit en cette matière. On ne peut pas même invoquer les faits : ce qu'une nation concède aujourd'hui, elle peut le refuser demain. Comment bâtir une théorie juridique

(1) Phillimore, *International law*, t. II, p. 121, nos 105 107.

sur une pareille base? C'est comme si l'on voulait bâtir sur le sable mouvant du désert. Toutefois Phillimore conclut que la distinction entre les meubles et les immeubles doit être considérée comme une règle du droit des gens. Sur quoi se fonde-t-il pour accorder l'immunité en matière mobilière, et pour la refuser en ce qui concerne les immeubles? Il ne donne aucune raison, et, à vrai dire, il n'y a pas à raisonner en fait de courtoisie (1). Si l'on écoutait le droit, il faudrait rejeter la distinction, admettre l'immunité pour toute espèce de biens, ou la rejeter d'une manière absolue. Jadis la distinction entre les meubles et les immeubles jouait un grand rôle dans le droit international privé; aujourd'hui elle est abandonnée par les auteurs, et elle finira par disparaître des lois.

36. Je dois cependant m'arrêter sur la question de l'immunité civile; c'est la seule qui présente un intérêt pratique dans les temps modernes. Phillimore cite, pour y appuyer le principe de l'immunité, le procès intenté contre le roi de Prusse devant un tribunal hollandais, dans l'affaire de la succession à la principauté d'Orange. Le roi perdit en première instance, il gagna en appel, sans qu'il se fût présenté, pour soutenir son droit. Bynkershoek, qui rapporte ce précédent, ne donne pas les motifs de la décision et il cite un fait qui en diminue l'importance : « Ce qui choqua le roi de Prusse, dit-il, ce ne fut pas tant la citation en justice, que la manière dont elle se fit, avec la *clause du mandement,* notifiée publiquement au son de la cloche. Bynkershoek mentionne d'autres procès dans lesquels les Etats Généraux intervinrent pour arrêter l'action des créanciers, tantôt par des considérations de politique, tantôt par des motifs d'humanité. C'est bien là ce que les Anglo-Américains appellent *comity of nations*. Le jurisconsulte hollandais fait à ce sujet une remarque très juste, qui ruine dans son fondement la théorie de la courtoisie internationale. « Les souverains, dit-il, en usent ainsi lorsque le bien de l'Etat demande qu'on ne choque point un autre prince,

(1) Phillimore, *International law*, t. II, p. 124, nº 109, et les autorités qu'il cite, note *y*.

ou par pitié pour la misère du débiteur. Mais alors ils agissent par un principe d'humanité ou de politique, plutôt que selon l'édit du préteur, ou selon le droit des gens. Si on laisse de côté la raison d'Etat, rien n'empêche qu'on saisisse les effets des puissances étrangères, et qu'on exerce la juridiction sur ces biens. C'est ce que les Etats généraux eux-mêmes ont décidé contre le duc de Brandebourg, en faveur de ses créanciers. Les tribunaux ne procèdent pas ainsi; ils prononcent d'après le droit et les lois, sans s'inquiéter de ce qui est avantageux à la république (1). » Voilà le conflit entre la courtoisie et le droit; sur ce terrain, Bynkershoek a raison : il n'y a pas de droit contre le droit.

37. Les cours d'Angleterre se sont prononcées en faveur de l'immunité. En 1844, le duc de Brunswick forma une action contre le roi de Hanovre; le cas était singulier, à raison de la situation singulière du roi, qui était tout ensemble prince souverain et sujet de la reine : comme *sujet de la reine,* il était certainement justiciable des tribunaux anglais, tandis qu'il ne l'était point comme *souverain.* Mais comment établir la ligne de démarcation entre les actes du *souverain* et ceux du *sujet?* En cas de doute, dit-on, il fallait présumer que le roi avait agi comme souverain plutôt que comme sujet (2).

La distinction entre le *roi* et le *sujet* n'est-elle pas applicable à tout souverain? Sous l'ancien régime, le roi absorbait la personne privée; le roi, c'était l'Etat, et tout ce qui concernait le roi se rapportait aussi à l'Etat. Dans la théorie de Louis XIV, le roi était propriétaire non seulement du royaume, mais aussi de tous les biens des particuliers (3); dès lors le domaine du prince était inséparable du domaine de l'Etat, le propriétaire universel ne pouvait être propriétaire particulier. C'était une monstrueuse confusion du droit civil et du droit politique. L'ancienne jurisprudence en matière d'immunité est dans

(1) Bynkershoek, *De foro legatorum*, cap. IV, §§ 3-5.
(2) Phillimore, *International law*, t. II. p. 125, n° 129.
(3) Voyez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. XI. (La Politique royale).

cet ordre d'idées, et la confusion rendait toute doctrine juridique impossible. Etait-ce le droit politique qui dominait, ou était-ce le droit civil? Si c'était le droit civil, il fallait soumettre les princes à la juridiction civile dès qu'il s'agissait d'intérêts pécuniaires. Si c'était le droit politique, les tribunaux étaient incompétents. Je reviendrai sur la distinction. Dans nos Etats constitutionnels, on sépare le roi de la personne privée; de celle-ci on peut dire qu'elle est sujette, car elle est soumise aux lois, comme tous les citoyens, et par conséquent à la juridiction des tribunaux. En est-il de même du roi considéré comme souverain, c'est-à-dire comme chef du pouvoir exécutif? J'examinerai la question quand j'aurai complété l'exposé de la jurisprudence anglaise.

Une action fut intentée contre la reine de Portugal en sa qualité de souveraine et de chef de la nation portugaise. Il s'agissait d'une dette contractée par le gouvernement. La cour (*Queens bench*) se déclara incompétente. Il en fut de même d'une demande formée contre la reine d'Espagne; la dette avait été contractée en vertu d'un décret des Cortès, sanctionné par le régent pendant la minorité de la reine. La cour (*Lord Mayors Court*) se déclara également incompétente (1). Il serait très intéressant de connaître les motifs de ces décisions. Malheureusement Phillimore ne les donne pas ; il se contente de les citer comme autorités à l'appui de l'immunité des princes, en matière civile, sans faire aucune distinction et sans discussion aucune.

Il y a une décision récente qui prouve que l'incompétence des tribunaux n'est pas absolue quand il s'agit d'un contrat passé par un gouvernement étranger. La république française conclut, pendant la guerre d'Allemagne, un marché pour fourniture de cartouches. Il fut stipulé par le fournisseur qu'une certaine somme serait déposée chez des banquiers anglais pour assurer le payement du marché. Le fournisseur ayant intenté une action contre le banquier et contre la république, celle-ci fit défaut. La

(1) Phillimore, *International law*, t. II, p. 125 et suiv.

cour décida que le demandeur pourrait poursuivre sur l'argent déposé le payement de ce qui lui était dû. Westlake, à qui nous empruntons cette décision, en rapporte une autre en sens contraire, quoiqu'il y eût analogie entre les deux espèces. Les légistes anglais ne procèdent guère par principes; ils décident d'après les circonstances de la cause, et comme les faits varient toujours d'un procès à l'autre, on n'aboutit jamais à une doctrine certaine (1).

38. J'arrive à la doctrine et à la jurisprudence françaises, l'objet principal de ces Etudes. On demande quelle est la situation de ceux qui contractent avec un prince étranger, ou en termes plus généraux avec un Etat étranger; car dans les temps modernes, les princes ont fait place à l'Etat; ce n'est plus le souverain qui figure dans les contrats, c'est le gouvernement; là où règne le système constitutionnel, le roi ne peut pas même parler dans une convention, à moins qu'il n'agisse comme particulier, et dans ce cas, c'est la liste civile qui stipule et qui s'oblige; si c'est l'Etat comme tel qui contracte, cela se fait par le ministre ou par l'administration dans les attributions de laquelle rentre la convention. Si le roi seul signait, l'acte n'aurait aucun effet, il serait, comme on dit, inexistant; car le roi ne peut poser aucun acte légal sans le contreseing d'un ministre. La question ne doit donc plus être posée, comme elle l'était sous l'ancien régime; on ne peut plus demander si le roi est soumis à une juridiction quelconque, ou s'il jouit de l'immunité en sa qualité de souverain; le roi est, à la vérité, chef de l'Etat, en ce sens qu'il est chef du pouvoir exécutif, mais ce n'est pas lui qui agit, ce sont ses ministres. Si donc le roi se trouvait à l'étranger, comme on le supposait dans la théorie traditionnelle de l'immunité ou de l'exterritorialité, il n'y pourrait faire aucun acte comme souverain, c'est-à-dire comme chef du pouvoir exécutif, sans le concours de ses ministres. Partant il ne peut plus s'agir d'une immunité royale;

(1) Westlake, dans la *Revue de droit international* de Rolin-Jaequemyns, t. VI, p. 617.

la question doit être posée en d'autres termes : l'Etat ou le gouvernement qui contracte est-il soumis à la juridiction des tribunaux, soit nationaux, soit étrangers? Peu importe où l'obligation est contractée; d'ordinaire elle le sera dans le pays où le gouvernement réside, donc sur le territoire de l'Etat qui contracte; le contrat peut aussi se faire à l'étranger; cela peut être important pour déterminer la compétence, mais cela est indifférent pour ce qui regarde le privilége de l'immunité.

39. La question présente de grandes difficultés. La doctrine et la jurisprudence françaises se prononcent, en général, pour l'immunité. A mon avis, il ne peut plus être question d'immunité : l'Etat qui contracte reste sous l'empire du droit commun. Cette opinion est en opposition avec la jurisprudence, et presque tous les auteurs la repoussent. Je suis donc obligé de m'y arrêter plus longuement que je ne le fais d'habitude. Il faut commencer par examiner quelle est la situation de l'Etat qui contracte avec un particulier, dans le pays qui est le siége du gouvernement. L'Etat belge contracte en Belgique avec un Belge; une contestation s'élève sur l'exécution du contrat. L'Etat belge est-il justiciable des tribunaux belges? La question n'en est pas une. Il ne pourrait y avoir de difficulté que sur la compétence. Les tribunaux ne sont pas toujours compétents pour décider les contestations dans lesquelles l'Etat est partie. Il y a, sous ce rapport, une grande différence entre la législation belge et la législation française. En France, il existe une juridiction administrative qui juge régulièrement les procès où le gouvernement figure; tandis qu'en Belgique la plupart des procès où le gouvernement est en cause sont portés devant les tribunaux ordinaires. Je me borne à citer les dispositions de notre Constitution. Aux termes de l'article 92, « les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux ». L'article 93 ajoute : « Les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi. » La règle est donc la compétence des tribunaux ordinaires. Je n'entre pas dans les

difficultés que présente l'application de ces dispositions; elles sont étrangères à notre débat. J'ai supposé un contrat, et les droits qui naissent des conventions sont des droits civils, de sorte qu'il n'y a aucun doute sur la compétence; et alors même que les tribunaux ordinaires seraient incompétents, à raison de la nature des droits qui font l'objet de la contestation, ce ne serait pas une immunité proprement dite. L'immunité n'a point de sens dans notre ordre constitutionnel. Le privilége que l'on reconnaissait jadis aux princes en leur qualité de souverains, dans les pays étrangers, suppose qu'ils sont les organes de la justice, et, comme tels, au-dessus de la justice. C'était une maxime du vieux régime monarchique; j'aurai l'occasion d'y revenir. Aujourd'hui la justice n'est plus dans les mains du roi; le pouvoir judiciaire émane de la nation aussi bien que le pouvoir royal (1). A certains égards, le pouvoir judiciaire domine le pouvoir exécutif : « Les cours et tribunaux, dit la Constitution belge (art. 107), n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux qu'autant qu'ils seront conformes aux lois ». Dans cet ordre d'idées, l'Etat ne saurait être exempté de la juridiction des tribunaux, comme souverain. Le roi n'est plus souverain, c'est dans la nation que réside la souveraineté; le roi est chef du pouvoir exécutif, il l'exerce par l'intermédiaire de ses ministres; c'est ce qu'on appelle l'Etat ou le gouvernement. En ce sens l'Etat est un des grands pouvoirs, et quand il agit comme tel, il est indépendant du pouvoir judiciaire, sauf que les tribunaux ont le droit d'examiner si les actes du gouvernement sont légaux, et ils ont le devoir de ne pas les appliquer, s'ils sont illégaux. L'Etat peut encore agir en une autre qualité, comme personne civile; à ce titre il est propriétaire, il peut stipuler et promettre, et devenir, par conséquent, créancier et débiteur. Si les actes qu'il fait comme personne civile donnent lieu à une contestation, il est d'évidence que le procès sera porté

(1) Constitution belge, art. 25 : « Tous les pouvoirs émanent de la nation. »

devant les tribunaux; tous les jours l'Etat intente des actions judiciaires, ou il y répond. Personne ne songe à voir dans cette soumission de l'Etat aux tribunaux une diminution du pouvoir souverain; sous l'ancien régime, cela pouvait se dire, puisque les princes concentraient sur leur tête la plénitude de la souveraineté ; dans notre ordre politique, l'objection n'aurait point de sens. La justice domine tout, parce qu'il n'y aurait plus de société si la justice n'y régnait ; donc les particuliers doivent avoir action contre l'Etat, comme l'Etat a action contre les particuliers.

40. Si l'Etat est débiteur, il sera condamné. Comment la condamnation sera-t-elle exécutée? Ici nous touchons à la véritable difficulté. Quand un particulier est condamné, le créancier exécute le jugement par la voie de la saisie de ses biens; et il peut d'avance saisir-arrêter les biens de son débiteur qui se trouvent entre les mains des tiers. Le créancier de l'Etat a-t-il les mêmes droits? A première vue, on pourrait croire que l'affirmative est certaine; cependant une jurisprudence constante décide que le créancier d'une commune ne peut agir contre elle par une voie quelconque d'exécution, soit mobilière, soit immobilière, soit de saisie-arrêt, pour obtenir le payement de ce qui lui est dû (1). Et il va sans dire que ce que la cour de cassation dit des communes, qui étaient en cause dans l'espèce est applicable à toutes les personnes civiles chargées d'un service public.

Il arrive parfois que les tribunaux, par habitude plutôt que par principe, condamnent les personnes civiles dans les termes qu'ils emploient pour condamner les particuliers; ces décisions, prises à la lettre, permettraient aux créanciers de saisir les biens de l'Etat ou des communes : les jugements ainsi formulés sont régulièrement réformés en appel. « Les premiers juges, dit la cour de Liége, excèdent leurs pouvoirs en condamnant purement et simplement les communes au payement de ce qu'elles doivent;

(1) Arrêt de rejet de la cour de cassation de Belgique, 30 décembre 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 1, 25).

ils doivent se borner à déclarer l'existence et la légitimité de la dette, en renvoyant la liquidation à l'autorité administrative (1). » La cour de cassation, dans l'arrêt que je viens de citer (p. 15), a décidé en principe que les personnes civiles n'ont pas la libre disposition de leur avoir; qu'elles ne peuvent faire aucune dépense, ni satisfaire à aucun de leurs engagements qu'après y avoir été autorisées légalement, et conformément aux allocations de leur budget, dont il leur est défendu de s'écarter.

Ceux qui sont étrangers à l'étude du droit considèrent cette manière de procéder comme un déni de justice, et des jurisconsultes mêmes s'y sont trompés, comme je le dirai plus loin. L'arrêt de notre cour de cassation indique le motif de cette injustice apparente; il se trouve dans la situation spéciale des personnes dites civiles. Aux termes de l'article 537 du code Napoléon, « les *biens qui n'appartiennent pas à des particuliers* sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières ». Par cette expression, *biens n'appartenant pas à des particuliers*, la loi entend les biens qui appartiennent aux *personnes* dites *civiles*. Le code évite de se servir de ce terme, qui n'est pas exact; il nomme d'ordinaire les *communes*, l'*Etat* (art. 542, 713), et les établissements d'utilité publique, tels que les hospices (art. 910, 1712, 2045, 2227). Pour les personnes civiles, la propriété est une charge, ou si l'on veut, un moyen de remplir la mission dont elles sont investies par la loi; tandis que pour les particuliers, la propriété est un droit, et le plus absolu de tous (art. 544). De là résulte une grande différence dans les droits des créanciers. S'agit-il de particuliers, comme ils peuvent disposer librement de leurs biens, les créanciers aussi ont cette libre disposition : ils saisissent les biens, les font vendre, puis ils sont payés sur le prix provenant de la vente. Il n'en peut être de même des créanciers de l'Etat, des communes, ou des établissements publics; ils peuvent, à la vérité,

(1) Liége, 17 juillet 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 192), et 1er août 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 298).

poursuivre leurs droits en justice, et les juges reconnaîtront leurs droits; mais les jugements ne pourront être exécutés par voie de saisie, car il n'appartient pas aux tribunaux de disposer, par leurs décisions, d'un patrimoine affecté à un service d'utilité publique. Ce n'est pas à dire que les personnes civiles soient dispensées de remplir leurs engagements; elles les remplissent dans les formes déterminées par les lois particulières qui organisent l'administration de leurs biens.

Toujours est-il, dira-t-on, que les créanciers de l'Etat, et des personnes civiles, en général, obtiennent plus difficilement ce qui leur est dû que les créanciers des particuliers. En droit strict cette différence se justifie parfaitement. Il y a deux intérêts en conflit, celui de la société et celui des particuliers; et, dans ce conflit, c'est toujours l'intérêt général qui l'emporte. C'est à dessein que je parle d'*intérêts* et non de *droits*. Les *droits* des particuliers ne sont pas sacrifiés à un *intérêt* de l'Etat et ne doivent jamais l'être; un pareil sacrifice serait un vrai déni de justice, et le plus grand intérêt de l'Etat, ainsi que son devoir le plus strict exigent le maintien du droit. Ceux qui traitent avec l'Etat obtiennent le payement de leurs créances; voilà leur *droit* sauvegardé. Mais ils ne l'obtiennent pas par les voies ordinaires d'exécution; ceci est une question d'*intérêt;* les tiers savent, en contractant, qu'ils devront subir les lenteurs d'une liquidation administrative de leurs créances, ils s'y soumettent d'avance, mais aussi ils font leurs stipulations à raison de ces lenteurs; cela sauvegarde leur intérêt. Pour leur donner satisfaction complète, la loi pourrait prescrire des formes spéciales, quand il s'agit de liquider des condamnations judiciaires; car des retards excessifs, comme il s'en est vu, deviennent aussi un déni de justice.

41. L'Etat, au lieu de contracter en Belgique et avec un Belge, contracte avec un étranger : sera-t-il justiciable des tribunaux étrangers, en supposant que ceux-ci soient compétents d'après le droit commun? Je laisse pour le moment de côté les difficultés de compétence, de même que celles qui concernent les personnes civiles; j'y revien-

drai. C'est l'Etat qui est en cause, on ne conteste pas son droit d'agir devant les tribunaux étrangers; on demande si ceux qui ont traité avec l'Etat peuvent le poursuivre devant ces tribunaux?

Il y a une première hypothèse dans laquelle la solution n'est pas douteuse. C'est le prince qui contracte, et il le fait comme particulier, pour des intérêts privés, étrangers au gouvernement. Dans ce cas on applique le droit commun, tout le monde est d'accord (1). Le cas s'est présenté pour la reine d'Espagne, Isabelle de Bourbon. La reine s'adressa à une maison de Paris, pour la confection et la fourniture de bijoux et diamants. Ces objets lui furent livrés à Paris et à Madrid, où ladite maison avait une succursale; les frères Ballerio, ne recevant pas le payement de leurs fournitures, actionnèrent leur débitrice devant le tribunal de la Seine. La reine, sans nier qu'elle eût reçu les fournitures, opposa une exception d'incompétence fondée sur sa qualité de souveraine. Le tribunal rejeta l'exception, et sa décision fut confirmée en appel. Dans l'espèce, il n'y avait pas de doute sur la nature de la créance; les fournitures n'avaient pas été faites à Isabelle de Bourbon, en sa qualité de souveraine; il était prouvé que les bijoux avaient été fournis, soit pour l'usage particulier de la reine, soit pour des cadeaux destinés notammment à sa fille, la princesse Girgenti, lors de son mariage. La cour en conclut que la question devait être décidée non par le droit des gens, mais par le droit civil français, ce qui rendait les tribunaux compétents, en vertu de l'article 14 du code Napoléon (2).

Il n'est pas toujours facile de distinguer si le contrat est de droit civil ou s'il dépend du droit des gens. Suffit-il que la destination des objets achetés soit publique, pour que la vente soit considérée comme un acte de souverain? La cour de Paris s'est prononcée pour l'affirmative. Les héritiers de Maximilien, empereur du Mexique, furent actionnés devant le tribunal de la Seine, en payement d'une

(1) Gand, *Code des étrangers, souverains, princes et particuliers* (Paris, 1853), p. 6, n° 13.

(2) Paris, 3 juin 1872 (Dalloz, 1872, 2, 124).

somme de 51,479 francs, pour fourniture de décorations. L'arrêt pose en principe que les tribunaux français n'ont pas juridiction pour juger les engagements contractés par les souverains étrangers agissant comme chefs d'Etat, au titre de la puissance publique; or l'engagement qui faisait l'objet du litige rentrait dans cette catégorie : en effet, une commande de décorations, destinées à être distribuées à ceux qui ont reçu pour prix de leurs services publics la collation d'un ordre, est, de la part du souverain, un acte d'administration publique (1). Il est certain que Maximilien n'avait pas agi comme particulier, comme tel il n'avait pas besoin de décorations. Mais de ce que les fournitures faites à un gouvernement ont pour objet un service public, doit-on conclure que la vente cesse d'être un contrat civil? Pour le vendeur, une décoration est un bijou, il vend de l'or et de l'argent façonnés, et l'acheteur la paye à raison de la matière première et de la main-d'œuvre. La vente reste donc ce qu'elle est de son essence, un contrat civil et d'intérêt privé. En droit, il n'y a aucune différence entre une fourniture de décorations et une fourniture de joujoux. Je constate le fait, parce qu'il en résulte une conséquence très importante, dans le système de la juridiction française, c'est qu'il suffit qu'une convention soit faite dans l'intérêt d'un service public pour que les tribunaux étrangers soient incompétents, bien que les tribunaux nationaux eussent été compétents. Si le gouvernement belge faisait une commande de décorations à une maison de Bruxelles, le fournisseur pourrait certainement l'actionner devant nos tribunaux, le droit naissant d'une vente étant de son essence un droit civil. Y a-t-il une raison pour que les tribunaux étrangers soient incompétents? La cour de Bruxelles, dans la supposition que je viens de faire, condamnerait le gouvernement belge à payer, sauf au demandeur à se conformer aux règles

(1) Paris, 15 mars 1872 (Dalloz, 1873, 2, 24). Me Adolphe Dubois, mon excellent ami, dit, dans ses annotations sur la jurisprudence : « Cette décision peut avoir cela de bon, de diminuer le crédit des prétendants. » (*Revue de droit international*, de Rolin-Jaequemyns, t. IV, p. 656, n° 27.) Soit. Mais qui est le coupable? Sont-ce les fournisseurs?

administratives pour la liquidation de sa créance; tandis que la cour de Paris se déclarerait incompétente si le gouvernement belge avait traité avec une maison de Paris. Singulière justice, aurait dit Pascal, qui change d'une frontière à l'autre!

Dans mon opinion, la compétence des tribunaux dépend, non de la qualité des personnes, mais de la nature du fait juridique. Si, à raison du fait contesté, les tribunaux sont compétents, ils doivent l'être partout, à l'étranger comme en Belgique, parce qu'il n'y a qu'une justice. A l'appui de cette doctrine je citerai un auteur français qui s'est spécialement occupé du droit des gens dans ses rapports avec le droit civil. Gand, dans son *Code des étrangers,* met sur la même ligne le cas où le souverain aurait acheté d'un marchand français des bijoux, des chevaux, des voitures, et le cas où un gouvernement étranger ferait acheter en France des armes, des chevaux, des tableaux; il déclare seulement les tribunaux incompétents quand il s'agit d'actes d'administration (1). Je vais revenir sur la distinction.

42. On lit dans un arrêt de la cour de Nancy qu'un Etat étranger ne peut être contraint de procéder devant les tribunaux français sans blesser le grand principe de la souveraineté et de l'indépendance des Etats entre eux; que ce principe, consacré par le *droit des gens européen*, est enseigné par *tous les publicistes*, et respecté par la *jurisprudence* des cours et des tribunaux (2). Ne dirait-on pas qu'il s'agit d'un axiome d'une certitude telle, qu'il serait plus que téméraire de le contester? Est-ce que l'on conteste la lumière du soleil? Il faut se défier de ces formules générales qui se bornent à affirmer une proposition sans la prouver. Si l'on demandait à la cour où elle a vu que le *droit des gens européen* a consacré le principe qui exempte les Etats de la juridiction des tribunaux étrangers? Le droit des gens n'est écrit nulle part; il y a des auteurs qui en contestent l'existence. Même en faisant abstraction

(1) Gand, *Code des étrangers*, p. 9, n° 16.
(2) Nancy, 31 août 1871 (Dalloz, 1871, 2, 208).

de la force obligatoire qui lui manque, il est très difficile de dire qu'une règle est admise par le consentement tacite des nations européennes. En matière de droit international privé, et c'est de celui-là qu'il s'agit, on invoque l'autorité des légistes; la cour de Nancy s'en prévaut aussi, et elle va jusqu'à dire qu'ils sont unanimes; sur ce point elle se trompe, et l'erreur est capitale: on ne peut plus affirmer qu'une règle est du droit des gens quand les seuls témoignages sur lesquels on s'appuie sont divisés et contradictoires. Quant à la jurisprudence française, et l'on peut ajouter la jurisprudence belge, il est vrai qu'elles se prononcent pour l'exemption ou l'immunité des Etats souverains; mais la jurisprudence n'est une autorité que sous la condition d'être fondée en raison : tant valent les motifs, tant vaut l'arrêt; or les motifs allégués par la première cour de France ont été vivement combattus par un jurisconsulte qui est devenu conseiller à la cour de cassation. Nous voilà loin de l'unanimité et de la certitude.

43. Je commence par la doctrine. On ne s'accorde pas même sur l'opinion des auteurs. D'ordinaire on cite Vattel pour établir le principe de la souveraineté et de l'indépendance des Etats. Personne n'a jamais songé à contester ce principe. Mais il faut voir en quel sens on l'entend, et quelle portée on lui donne. Dans les *Préliminaires* de son traité, Vattel se borne à poser des règles générales sur les devoirs des nations entre elles; il n'admet pas qu'elles aient des devoirs parfaits, c'est-à-dire de véritables obligations, ce qui aboutit logiquement à nier qu'il y ait un lien juridique entre les Etats (1). Si l'on appliquait cette théorie jusque dans ses dernières conséquences, il faudrait dire qu'il n'y a point de droit civil international, ce qui rendrait la discussion très oiseuse. On a dit que Vattel ne traite point la question qui fait l'objet de notre débat (2). Cela n'est pas tout à fait exact; il la traite à la façon des anciens légistes,

(1) Vattel, *Le Droit des gens* (Neuchâtel, 1773), § 15 et suiv. des *Préliminaires* (t. I, p. 33 et suiv.).

(2) Ch. Royer, dissertation insérée dans le Recueil périodique de Dalloz, 1867, 1, 49.

dans le chapitre de son traité qui est consacré aux droits, priviléges et immunités des ambassadeurs (1). « On demande quels sont les droits d'un souverain qui se trouve en pays étranger. Si ce prince est venu pour négocier, pour traiter de quelque affaire publique, il doit jouir sans contredit, et dans un degré plus éminent, de tous les droits des ambassadeurs. S'il est venu en voyageur, sa dignité seule, et ce qui est dû à la nation qu'il *représente* et qu'il *gouverne*, lui assure des respects et toute sorte d'égards, et l'*exemple de toute juridiction*. Il ne peut être traité comme sujet aux lois communes dès qu'il se fera connaître. » Voilà bien la doctrine de l'immunité. Il est vrai que Vattel ne traite pas la question, telle qu'elle se présente aujourd'hui, devant les tribunaux; il ne parle pas des engagements contractés par un *Etat étranger;* c'est qu'à ses yeux le prince est le représentant de l'Etat; ce qu'il dit du souverain est donc applicable à l'Etat. Il y a plus, l'argument sur lequel il fonde l'immunité des princes est aussi le motif que l'on trouve dans tous les jugements et arrêts : si l'on admet l'immunité pour les ambassadeurs, à plus forte raison doit-on l'accorder aux souverains qu'ils représentent. C'est donc à bon droit que Vattel passe pour un partisan de l'immunité. Je reviendrai sur sa doctrine, quand je ferai la critique de la jurisprudence.

44. Les anciens auteurs ont peu d'importance en cette matière; ils écrivent sous l'influence des préjugés monarchiques; la majesté royale a tant de prestige à leurs yeux, qu'ils se croiraient coupables de lèse-majesté en la soumettant aux lois d'un Etat étranger; ils sont tous imbus de la conviction, que les légistes avaient contribué à répandre, que les rois, organes de la souveraineté, n'étaient pas liés par les lois, car ils considéraient la souveraineté comme une puissance sans bornes. Toutefois il n'est pas vrai de dire que les anciens publicistes fussent unanimes; j'ai cité plus haut des témoignages, et je pourrais les multiplier (2). Il s'agit ici du droit moderne, et surtout

(1) Vattel, livre IV, chap. 7, § 108 (t. II, p. 289 de l'édition in-4°).
(2) Voyez les auteurs cités par Klüber, *Europäisches Völkerrecht*, p. 58, note *b*, § 49 de la 2e édition (1851).

du droit français. Les auteurs qui ont écrit sur le droit des gens constatent l'immunité, ou ce qu'ils appellent l'exterritorialité comme un fait, un usage généralement suivi par les nations, ce qui est même trop dire, car ils seraient très embarrassés s'ils devaient citer des témoignages en faveur du privilége des princes; et après tout, ce n'est pas le fait que nous cherchons, c'est le droit ; or les publicistes nient qu'en droit les princes soient exempts de la juridiction étrangère, en ce qui concerne leurs biens. Klüber le dit en termes formels (1). Seulement, à la manière des manuels allemands, il néglige de motiver et de développer l'opinion qu'il énonce; à une affirmation il oppose une affirmation contraire. Je citerai ce que dit F. de Martens, afin de répondre par des textes aux vagues allégations des arrêts qui invoquent l'autorité de *tous* les publicistes : « Les *immeubles* ainsi que les *biens meubles* qui appartiennent à la *personne* d'un *souverain* absent sont, comme ceux qui appartiennent immédiatement à l'*Etat* ou à ses *sujets*, soumis à la juridiction de l'Etat où ils se trouvent, par conséquent à la *saisie* et à la séquestration sollicitée par nos sujets dans les cas où, en général, les lois permettent une *saisie de droit* et fondent sur elle la *juridiction* (2). » C'est en tout le droit commun, l'auteur distingue l'*Etat* du *prince*, et il les met sur la même ligne que les *sujets*. Son opinion est suivie par Saalfeld (3) et par Heffter (4). Voilà la doctrine de ceux que l'on appelle publicistes.

45. Les interprètes du code Napoléon paraissent avoir écrit dans l'ignorance de ces autorités. La plupart ne traitent pas les questions de droit international privé, et ceux qui en parlent n'en disent qu'un mot. Je n'oserais pas reprocher l'ignorance aux éditeurs de Zachariæ, mais d'après leur habitude, ils se bornent à affirmer, en renvoyant aux sources : ils disent que l'article 14 du code

(1) Voyez la note précédente.
(2) *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, par G. F. de Martens, édition de Pinheiro-Ferreira, t. II, p. 15, § 173.
(3) Saalfeld, *Handbuch des positiven Völkerrechts* (1833), p. 47.
(4) Heffter, *Droit international de l'Europe*, traduction française, § 22, II.

civil n'est pas applicable aux gouvernements étrangers, qui ne peuvent être traduits devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations qu'ils ont contractées envers des Français; puis ils citent la jurisprudence, renvoient aux nombreuses autorités citées par Devilleneuve et ne mentionnent en sens contraire que le nom de Demangeat (1). On voit que les savants jurisconsultes n'ont point fait une étude spéciale de la question, qui, à raison de son importance et de ses difficultés, ne peut pas être décidée en quelques lignes : ce n'est pas une autorité que celle qui affirme et renvoie à d'autres autorités.

La science ne manque certes pas à Fœlix. Cependant, dans la question que nous examinons, il se borne aussi à affirmer, et les témoignages qu'il cite sont loin d'être complets, ils ne sont pas même exacts. « Aucune poursuite, dit-il, ne peut être exercée contre les biens de toute espèce appartenant à un gouvernement étranger. » Voilà l'affirmation; à l'appui, Fœlix cite la jurisprudence française et belge, Legat et Carré, et en sens contraire Bynkershoek (2). Il est vrai que Legat commence par dire que, par exception à la règle qu'il admet sur la compétence des tribunaux français, quand il y a des étrangers en cause, il est disposé à croire que les tribunaux seraient incompétents si un Français dirigeait une action contre un gouvernement étranger, ou contre le représentant de ce gouvernement, et userait, en France, de mesures conservatoires contre ce gouvernement ou contre son représentant. « On pourrait craindre, dit-il, dans ces deux cas, qu'il ne résultât de ces mesures, des embarras diplomatiques, et peut-être une guerre entre la France et la puissance qui serait l'objet de ces poursuites. » Cela n'est pas sérieux ; les gouvernements ne répondent pas des décisions judiciaires rendues par un pouvoir absolument indépendant. Aux plaintes que la France recevrait, elle

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. VIII, p. 441 de la 4e édition.

(2) Fœlix, *Traité du droit international privé*, t. I, p. 418, n° 212 (de la 4e édition).

répondrait qu'elle se soumet aux mêmes poursuites en pays étranger, c'est-à-dire au droit commun d'une justice égale. Legat continue et dit que la jurisprudence viendrait même à l'appui de cette opinion; puis il ajoute : « Mais, d'un autre côté, refuser au Français la justice qu'il réclame, c'est l'obliger à la demander en pays étranger, où peut-être il ne l'obtiendra pas. D'ailleurs, si la même puissance étrangère avait une action à exercer contre ce Français, ne serait-ce pas devant nos tribunaux que ce dernier serait assigné? Pourquoi donc les mêmes juges ne connaîtraient-ils pas de la difficulté dans les deux cas? » Quelle est la conclusion de Legat? La compétence des tribunaux français, en vertu de la législation actuelle, c'est-à-dire, d'après l'article 14 du code Napoléon : « Si des raisons politiques peuvent réclamer une décision contraire, il faut apporter des modifications à nos lois; jusque-là les tribunaux français ne peuvent point paralyser le droit du Français, qui n'est soumis à aucune restriction (1). Donc en droit français, Legat soutient une opinion contraire à celle de Fœlix et de la jurisprudence. Voilà un témoignage qui se retourne contre celui qui l'invoque.

M. Demolombe avait passé la question sous silence dans la première édition de son *Cours de code civil*; dans la seconde, il se prononce pour le système que la jurisprudence a consacré. Voici ce qu'en dit un des partisans de l'opinion que je défends : « M. Demolombe, si abondant d'ordinaire en ses développements, se contente, sur ce point, de quelques lignes, et pour toute raison se borne à citer un des considérants, et non pas le meilleur, de l'arrêt du 22 janvier 1849 (2). »

La question a été traitée un peu plus longuement par un auteur que je ne trouve cité nulle part, Gand, docteur en droit. Il distingue les actes faits par un prince comme particulier, et ceux qu'il fait comme souverain; les premiers sont régis par le droit commun, et par conséquent

(1) Legat, *Code des étrangers* (1832), p. 306 et 307.
(2) Demolombe, t. I, n° 251 *bis*. Comparez la dissertation de Ch. Royer (Dalloz, 1867, 2, 50).

soumis à la juridiction des tribunaux étrangers, quand ceux-ci sont compétents; les autres ne sont point soumis à la juridiction des tribunaux, pas même nationaux (1). La distinction est juste, mais elle n'est pas clairement formulée. Quand le prince agit comme particulier, il est d'évidence que les tribunaux sont compétents pour connaître de ses actes, partant aussi les tribunaux étrangers. Mais quand peut-on dire que le prince agit comme particulier? Gand cite les achats de chevaux faits par le prince pour son compte, et les achats de chevaux ou d'armes par le *gouvernement*. Ici il y a confusion. Les chevaux que le gouvernement achète sont destinés à un service public et ne servent pas au prince comme personne privée. Ce qui a trompé l'auteur français, c'est que le gouvernement qui fait des achats agit comme personne civile, il stipule et il promet; à ce titre, ses actes sont ceux d'un particulier, et par conséquent ils sont de la compétence des tribunaux nationaux ou étrangers. Telle est du moins mon opinion, et Gand paraît être du même avis. Les actes qu'il soustrait à la juridiction des tribunaux sont les actes d'administration, dans lesquels le gouvernement intervient comme pouvoir public. Ici il y a lieu d'appliquer le principe de la souveraineté, en le modifiant conformément à notre régime constitutionnel. Les tribunaux forment un pouvoir; à ce titre ils sont un organe de la puissance souveraine. Le gouvernement aussi est un des grands pouvoirs; or les pouvoirs sont séparés et indépendants; le pouvoir judiciaire ne peut pas juger et contrôler, ni défaire ce qu'a fait le pouvoir exécutif; donc, quand le gouvernement agit comme pouvoir, ses actes ne sont pas soumis à la juridiction des tribunaux, sauf que les tribunaux ont le droit et le devoir de ne pas appliquer les arrêtés illégaux. Il faut ajouter que, d'après la Constitution belge, les tribunaux sont compétents dès qu'il s'agit de droits civils (art. 92), tandis que, d'après la législation française, il y a des droits civils qui sont de la compétence des tribunaux administratifs.

(1) Gand, *Code des étrangers*, p. 6 et suiv., nos 13-16.

Que l'on me permette d'ajouter que j'ai professé, dans mes *Principes de droit civil*, l'opinion que je soutiens dans ces Etudes; mais comme mon ouvrage est étranger à la procédure, je me suis borné à l'énoncer. Un Etat peut-il être traduit devant un tribunal étranger pour l'exécution des obligations qu'il a contractées? Je réponds: « La jurisprudence française s'est prononcée pour la négative (1). Il nous semble que la question est très simple. Si l'Etat réclame le bénéfice de la personnification civile pour agir en justice contre ses débiteurs, il faut aussi qu'il réponde, devant les tribunaux, à ses créanciers. On ne peut pas scinder la personne. Si l'Etat est une personne, il l'est comme défendeur aussi bien que comme demandeur (2) ».

Cette doctrine a été défendue contre la cour de cassation de France, par Demangeat. Il y a cependant une différence entre mon opinion et la sienne : j'y reviendrai. La jurisprudence belge a aussi été combattue par Me Spée, avocat, dans la *Jurisprudence du port d'Anvers*, 1876 (3).

46. J'arrive à la jurisprudence. Le dissentiment entre la jurisprudence et la doctrine n'est pas aussi profond qu'il paraît l'être, au premier abord; elles s'accordent à respecter la souveraineté, à la déclarer indépendante de la juridiction des tribunaux. Seulement, la jurisprudence étend trop loin l'immunité de la puissance souveraine, tandis que les auteurs veulent la restreindre dans les limites où se meut l'action du gouvernement considéré comme pouvoir. On lit dans l'arrêt de la cour de cassation de France du 22 janvier 1849 : « Attendu que l'indépendance réciproque des Etats est l'un des principes le plus universellement reconnus du droit des gens (4). » Personne n'a jamais contesté ce principe ; mais la cour l'énonce en termes trop absolus. La doctrine enseigne qu'il y a entre les peuples un lien de droit; un des maîtres de

(1) J'aurais dû ajouter qu'il en est de même de la jurisprudence belge.
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 410, n° 311.
(3) Voyez la *Belgique judiciaire*, 1875, p. 1441-1451.
(4) Dalloz, *Recueil périodique*, 1849, 1, 9.

la science, Savigny, dit qu'il existe entre les nations une communauté de droit, en vertu de laquelle l'homme trouve partout une justice égale. J'ajouterai volontiers : pourvu que la justice soit compétente. Ne l'est-elle point quand l'Etat est en cause ? Tous les jours, nos tribunaux reçoivent des actions contre l'Etat, et ils le condamnent à remplir ses engagements. Donc, en vertu de la communauté de droit, le créancier doit obtenir la même justice devant les tribunaux étrangers. Est-ce que l'indépendance des Etats souverains y met un obstacle ? Ici la doctrine et la jurisprudence se divisent.

La cour de cassation pose comme principe absolu « qu'il résulte de l'indépendance réciproque des Etats qu'un gouvernement ne peut être soumis, pour les engagements qu'il contracte, à la juridiction d'un Etat étranger ». La conséquence est trop absolue, de même que le principe. Cela est vrai quand l'Etat agit comme tel, c'est-à-dire comme organe de la souveraineté ; cela n'est pas vrai quand l'Etat figure dans un fait juridique comme personne civile. Si l'Etat agit comme pouvoir public, ses actes ne tombent pas sous la juridiction des tribunaux, pas plus des tribunaux nationaux que des tribunaux étrangers. En effet, la division des pouvoirs implique leur indépendance réciproque, l'un ne peut pas entraver ni contrôler ce que l'autre a fait. Le pouvoir exécutif a sa sphère d'action, dans laquelle il se meut librement, de même que le pouvoir judiciaire dans la mission qui lui est attribuée. Dans cette première hypothèse, les tribunaux ne peuvent pas connaître des actes du gouvernement ; sur ce point, tout le monde est d'accord, et il importe de le constater : c'est un moyen de concilier la doctrine avec la jurisprudence, en donnant pleine satisfaction à la souveraineté indépendante de l'Etat, là où cette souveraineté est engagée dans le débat. Je cite les paroles d'un adversaire de la jurisprudence :

« Le principe de l'indépendance des Etats ne permet pas que les actes d'un gouvernement, agissant dans l'exercice de sa souveraineté, tombent sous la juridiction et le contrôle d'un pouvoir étranger. Quand un gouvernement

fait acte d'autorité, quand il exerce l'*imperium*, nous admettons qu'il repousse toute ingérence étrangère, qu'il maintienne son indépendance à l'abri de toute atteinte. C'est son droit et son devoir (1). »

Quand le gouvernement agit-il comme organe de la puissance souveraine ? Les constitutions déterminent les droits qui appartiennent au pouvoir exécutif ; quand il exerce un de ces droits, il agit comme pouvoir, et ses actes ne sont pas soumis à la juridiction des tribunaux nationaux, ni par conséquent à celle des tribunaux étrangers. D'après la Constitution belge, le roi nomme aux fonctions publiques ; c'est un acte gouvernemental, donc il y a lieu d'appliquer le principe de l'indépendance de l'Etat. On a dit que la nomination des fonctionnaires est un contrat, et l'on s'est demandé si c'est un mandat ou un louage de services. Ce n'est ni l'un ni l'autre ; les contrats ont pour objet des intérêts privés, tandis que les fonctions publiques sont d'intérêt général. Le texte même de la Constitution le prouve ; le roi nomme et révoque les fonctionnaires, et la révocation ne donne aucun droit au fonctionnaire révoqué. Est-ce que, s'il y a un contrat, l'une des parties peut, à son gré, le rompre, sans que cette rupture donne aucun droit à l'autre ? Non, certes. Donc, la révocation comme la nomination des fonctionnaires ne tombent pas sous la juridiction des tribunaux, à moins que la Constitution ou les lois portées en vertu de la Constitution ne donnent un droit, et par suite une action au fonctionnaire révoqué contre l'Etat : c'est ce que ne fait point la Constitution belge.

Le tribunal de la Seine a fait une juste application de ce principe, dans l'espèce suivante. Solon avait été chargé par le pacha de fonder, au Caire, une école d'administration publique. Ses fonctions devaient durer huit ans ; on lui allouait un traitement de 15.000 francs, et il devait de plus obtenir un logement en rapport avec sa mission. Au mois d'août 1845, Solon quitta l'Egypte, à la suite de quelques difficultés avec le vice-roi. Il prétendit que le

(1) Ch. Royer, dissertation (Dalloz, 1867, 2, p. 50, note).

pacha lui avait signifié un congé sans motif, et il assigna le gouvernement égyptien devant le tribunal de la Seine, pour le faire condamner à lui payer 100,000 francs de dommages-intérêts, pour six années de traitement et pour frais de voyage. Pour la conservation de ses droits, il fit pratiquer des saisies entre les mains de deux négociants de Marseille, sur les valeurs et marchandises qu'ils pouvaient avoir pour le compte du gouvernement égyptien. Le tribunal se déclara incompétent. Les motifs du jugement ne sont pas à l'abri de la critique, mais la décision est conforme aux vrais principes. Le tribunal constate que toutes les expressions de la demande révèlent qu'elle est dirigée contre le gouvernement égyptien, et non contre le pacha d'Egypte, considéré comme particulier. Il ne s'agissait donc pas d'un acte particulier ayant pour objet un intérêt privé, c'est-à-dire d'un contrat, mais d'un acte administratif et gouvernemental, intervenu entre un Etat et un fonctionnaire, auquel le gouvernement a conféré un emploi et une mission. Le pacha avait révoqué le fonctionnaire. C'était son droit, quand même il aurait agi arbitrairement; les tribunaux ne sont pas compétents pour apprécier et contrôler les motifs justes ou injustes de la révocation. Dans les gouvernements constitutionnels, il peut naître une action en responsabilité d'un acte arbitraire du gouvernement, mais cette action est soumise à des conditions et à des formes spéciales. En l'absence d'une constitution et d'une loi de responsabilité, le fonctionnaire est sans garantie aucune ; il doit peser, comme le dit le tribunal de la Seine, les conséquences de son acceptation; et les tribunaux français ne peuvent pas créer des garanties politiques dans l'intérêt des fonctionnaires étrangers, ni appliquer les principes qui régissent les contrats à un acte gouvernemental. Voilà des principes incontestables. Le tribunal ajoute un considérant qui, à mon avis, est trop absolu: « Attendu que, selon les règles du droit des gens, les tribunaux français n'ont pas juridiction sur les gouvernements étrangers, à moins qu'il ne s'agisse d'une action à l'occasion d'un immeuble possédé par eux en France comme particulier, ce qui emporte

attribution territoriale et exécution (1) ». Les tribunaux n'ont pas juridiction sur un gouvernement étranger quand il s'agit d'un acte politique, comme dans l'espèce ; mais si un Etat agit comme personne civile, s'oblige par un contrat, la question est toute différente ; je vais l'examiner. Le tribunal de la Seine la préjuge contre le créancier, sans donner un motif ; le droit des gens, qu'il allègue en termes vagues, ne décide point ce qu'il lui fait dire. Après avoir posé l'incompétence comme règle, le tribunal admet une exception qui, prise à la lettre, détruit la prétendue règle : l'Etat étranger est justiciable des tribunaux français quand il possède des immeubles en France, comme *particulier*, ce qui doit signifier comme personne civile, car un gouvernement n'est pas un particulier. L'exception était admise par les anciens publicistes ; elle ruine le principe de l'exterritorialité : pourquoi, compétents quant aux immeubles, les tribunaux français seraient-ils incompétents quant aux meubles ou aux valeurs immobilières ? Et si les tribunaux sont compétents quant aux meubles, quoiqu'ils soient possédés par un Etat étranger, pourquoi deviendraient-ils incompétents à raison des immeubles ?

47. La cour de Paris a rendu un arrêt récent, dans le même ordre d'idées ; la décision est juste, mais les considérants dépassent de beaucoup la décision, et ils sont très contestables. Une demoiselle Masset assigna devant le tribunal de la Seine le czar de Russie en payement d'une somme de 500,000 francs de dommages-intérêts, à raison de saisies illégales, arrestations et vexations diverses qui auraient été commises, à son égard, par la police russe, sur le territoire russe, où elle avait créé un établissement de commerce. La cour de Paris se déclara incompétente (2). Dans l'espèce, l'incompétence était évidente. La cour dit très bien que les tribunaux français seraient incompétents si une action était intentée contre le gouvernement français pour abus de la police ; donc ils

(1) Jugement du 16 avril 1847 (Dalloz, 1849, 1, 7, en note). Comparez Gand, *Code des étrangers*, p. 6, n[os] 12-18.
(2) Paris, 23 août 1870 (Dalloz, 1871, 2, 9).

sont aussi incompétents quand il s'agit d'actes illégaux imputés à un Etat étranger. L'arrêtiste (1), bien qu'adversaire de la jurisprudence française qui admet l'incompétence d'une manière absolue dès que la demande est formée contre un gouvernement étranger, approuve l'arrêt de la cour de Paris. Je transcris ses paroles :

« La raison décisive que l'on doit invoquer à l'appui de l'arrêt de Paris, c'est que la réclamation de la demoiselle Masset avait pour base, non pas un engagement du gouvernement russe ou de ses délégués, agissant dans un intérêt privé et contractant comme aurait pu le faire un simple particulier, mais bien des actes prétendus arbitraires de ce gouvernement, exerçant les pouvoirs de police et d'administration qui lui appartiennent sur son territoire. Il est vrai qu'un gouvernement étranger pourra abuser de son autorité pour se livrer impunément à des vexations envers des Français; mais on ne saurait reconnaître à une juridiction française le droit d'examiner si des fonctionnaires étrangers ont violé les lois de police édictées par la législation de leur pays. C'est ici le cas d'opposer l'argument tiré de l'indépendance des Etats respectifs. » J'ajouterai que l'étranger se soumet aux lois de police du pays où il établit sa résidence. Le code Napoléon le dit (art. 3), et le principe est universellement admis. L'action de la police peut être plus ou moins arbitraire, d'après la forme des divers gouvernements; c'est à l'étranger de peser ces considérations avant de se fixer dans un pays où il ne jouira pas des garanties que les lois lui assurent dans sa patrie. Que si les procédés de la police étrangère étaient réellement illégaux et vexatoires, il y aurait lieu à des plaintes par la voie diplomatique, les gouvernements ayant le devoir de protéger leurs nationaux partout, mais la voie diplomatique exclut toute action devant les tribunaux.

L'arrêtiste ajoute : « La cour aurait dû éviter de donner à son arrêt des motifs qui s'appliqueraient également bien au cas où le gouvernement russe aurait acheté

(1) M. Demangeat (?).

des marchandises, ou fait un contrat ordinaire avec un Français ». C'est dire que la cour a confondu les actes qu'un Etat fait comme pouvoir politique et ceux qu'il fait comme personne civile. En effet, la cour dit : « Considérant que l'indépendance réciproque des Etats est consacrée par le droit des gens ; que chaque Etat est souverain sur son territoire, y exerce la justice qui est un attribut de la souveraineté, et délègue à des tribunaux cette justice, investie des droits de juridiction et de commandement nécessaires pour rendre et faire exécuter ses décisions. » Jusqu'ici, il n'y a aucun doute ; seulement, d'après notre Constitution, il faudrait dire que c'est la nation qui est souveraine, et qui délègue l'exercice de sa souveraineté aux grands pouvoirs, le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Ces pouvoirs sont indépendants : toutefois, quand un acte du pouvoir exécutif, ou du gouvernement proprement dit, engendre des droits civils, la partie intéressée peut en poursuivre l'exécution devant les tribunaux. En ce sens, l'Etat est justiciable du pouvoir judiciaire; et s'il l'est dans le pays où il exerce une partie de la puissance souveraine, pourquoi ne serait-il pas soumis à la justice étrangère, si, d'après la nature du fait juridique, celle-ci est compétente ? L'arrêt continue : « Il suit de ces principes que l'on ne peut citer devant les tribunaux d'un pays le souverain d'un autre pays, non plus que les agents de la puissance publique qu'il représente. Prétendre les soumettre à la justice, c'est-à-dire au droit de juridiction et de commandement du juge d'un pays étranger, ce serait évidemment violer une souveraineté étrangère, et blesser en cette partie le droit des gens. » Cela est très vrai quand la souveraineté est en cause, c'est-à-dire quand il s'agit d'un acte gouvernemental : je viens d'en donner des exemples d'après la jurisprudence. Mais cela n'est plus vrai quand l'Etat agit comme personne civile et pour des intérêts privés. Ici, il y a désaccord entre la jurisprudence et la doctrine.

48. L'Etat est une personne civile, c'est-à-dire qu'il peut exercer les droits privés qui appartiennent aux particuliers. Ainsi, il est propriétaire, il peut acquérir et

posséder des biens ; tous les jours, il est dans le cas de contracter, et, par suite, il devient créancier ou débiteur. Les actes que l'Etat fait comme personne civile ne diffèrent point, dans leur essence, de ceux que les particuliers font: une vente ne change pas de nature selon que l'Etat y figure comme acheteur ou vendeur, et les obligations restent les mêmes quand l'Etat contracte. Donc, les rapports sont des rapports de droit et d'intérêt privés ; toute idée de pouvoir, de souveraineté est étrangère aux actes que l'Etat fait comme personne privée. Partant, quand l'Etat agit dans un procès comme propriétaire, comme créancier ou débiteur, la souveraineté n'est pas en cause, ce n'est pas l'Etat comme pouvoir qui y figure, c'est l'Etat exerçant les droits d'un particulier; donc c'est un particulier dont les tribunaux apprécient les droits, c'est un particulier qu'ils condamnent à payer, ce n'est pas un souverain, ni un organe de la souveraineté. C'est le motif pour lequel les tribunaux nationaux sont compétents pour juger le débat ; s'il s'agissait d'un acte de souveraineté, ils seraient incompétents, car l'Etat est souverain dans sa sphère, comme pouvoir exécutif, et le pouvoir judiciaire ne peut pas contrôler le pouvoir exécutif; comme pouvoir, le gouvernement ne répond de ses actes que si la responsabilité ministérielle est engagée.

Si les tribunaux nationaux sont compétents pour connaître d'un contrat fait par l'Etat, pourquoi les tribunaux étrangers seraient-ils incompétents? Ils ont devant eux, non pas un Etat étranger, souverain, indépendant; ils jugent les droits d'une personne civile, donc des droits privés réclamés par l'Etat ou contre lui, à titre de particulier. Les tribunaux français décident tous les jours des procès où des étrangers sont en cause; le procès est identique quand un Etat étranger y figure comme personne civile; c'est toujours un particulier qui est demandeur ou défendeur, que la personne soit civile ou naturelle. On n'a jamais contesté à un Etat étranger le droit d'agir en justice comme demandeur ; s'il peut poursuivre son débiteur devant les tribunaux français, sans que sa souveraineté soit altérée ou compromise, pourquoi ne pourrait-il pas

être actionné s'il est débiteur ? Il se soumet à la décision du juge, comme demandeur aussi bien que comme défendeur : par quelle singulière métamorphose conserverait-il sa souveraineté intacte s'il est demandeur, tandis que sa souveraineté serait violée s'il est défendeur ? Comme demandeur, il peut perdre son procès, être condamné aux dépens; il y a plus, il est sujet à des demandes reconventionnelles, à des exceptions, il peut donc subir des condamnations (1) : tout cela sans préjudice pour sa souveraineté. Et ces mêmes condamnations, prononcées contre un Etat étranger comme défendeur, seraient une atteinte à sa puissance souveraine ! L'Etat obtient gain de cause en première instance, la partie condamnée interjette appel. Voilà l'Etat défendeur ; la cour d'appel se déclarera-t-elle incompétente ? Dans une même affaire, la justice serait donc tout ensemble incompétente et compétente. Voilà un tissu de contradictions et d'impossibilités juridiques. Je conclus que les tribunaux sont compétents quand l'Etat a agi comme personne civile, dans tous les cas, que l'Etat soit défendeur ou demandeur (2).

49. La jurisprudence est contraire. Nous allons entendre d'abord la cour de cassation de France (3). J'ai déjà cité le motif que la cour allègue, l'indépendance réciproque des Etats, d'où résulterait qu'un gouvernement ne peut être soumis, pour les engagements qu'il contracte, à la juridiction d'un Etat étranger. C'est le motif banal que l'on rencontre dans tous les arrêts et dans tous les jugements. Je viens d'y répondre. Il est bon d'entendre aussi ceux qui ont critiqué la décision de la cour suprême. « Sans doute, dit Demangeat, le principe de l'indépendance des Etats entraîne cette conséquence qu'un Etat n'est pas soumis à la juridiction d'un autre Etat; mais cela n'est vrai que de l'Etat agissant comme souverain, et cela ne peut s'appliquer à l'Etat jouant le rôle d'une personne privée. Que je revendique comme mienne une portion du territoire

(1) Sur ce point, tout le monde est d'accord. (Westlake, *Private international law*, p. 117 et suiv.)
(2) Ch. Royer, dissertation (Dalloz, 1867, 2, 50).
(3) Cassation, 22 janvier 1849 (Dalloz, 1849, 1, 9).

français possédée par un gouvernement étranger : quel est le tribunal qui, en présence de l'article 3 du code Napoléon, refuserait de me rendre justice à cause de la qualité de mon adversaire (1)? De même, si le débiteur d'un gouvernement étranger était établi en France ou y possédait des biens, ce gouvernement se ferait-il scrupule, pour l'honneur du droit des gens, de recourir à nos tribunaux? Et si nos tribunaux sont compétents pour lui donner gain de cause, comment ne le seraient-ils pas pour repousser ses prétentions (2)? » La critique paraît décisive. Toutefois il importe de prévoir l'objection que l'on pourrait faire.

La cour de cassation ne s'est pas prononcée sur la question des immeubles qu'un Etat étranger posséderait en France ; on ne peut donc pas lui opposer une opinion énoncée par le pourvoi. Il est vrai que les Etats étrangers agissent devant les tribunaux français ; mais, dans ce cas, ils se soumettent à leur juridiction, et ils ne peuvent plus exciper de leur souveraineté. Cette réponse, si on la faisait, et c'est la seule que l'on puisse faire, serait très faible. Si réellement l'indépendance de la souveraineté étrangère était en jeu, l'Etat ne pourrait y renoncer, car y renoncer, ce serait abdiquer. Est-ce que l'on abdique la puissance souveraine? Peut-elle faire l'objet d'une convention, d'une renonciation quelconque? Non, certes, car la souveraineté est inaliénable à tous égards. Si les Etats étrangers, comme le dit Demangeat, ne se font pas scrupule de former des demandes devant les tribunaux, c'est que leur souveraineté est hors de cause : qu'est-ce que la puissance souveraine a de commun avec le payement d'une fourniture? Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, il s'agissait d'une fourniture de souliers faite au gouvernement espagnol : est-ce que la souveraineté de l'Espagne et son indépendance seront violées parce que les tribunaux français décideront que celui qui achète des souliers doit les payer?

(1) Le pourvoi reconnaissait, à titre d'exception, que les États étrangers sont justiciables des tribunaux français, à raison des immeubles qu'ils possèdent en France ; l'exception détruit la règle.
(2) Demangeat sur Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 419.

Quand on met le fait en regard de la théorie formulée par la cour de cassation, la prétention des Etats étrangers paraît presque ridicule. Ecoutons la cour : « Le *droit de juridiction* qui appartient à chaque *gouvernement* pour *juger* les *différends* nés à l'occasion des *actes* émanés de lui est un droit inhérent à son autorité souveraine, qu'un autre gouvernement ne saurait s'attribuer sans s'exposer à altérer leurs rapports respectifs. » La théorie est singulière et l'application plus singulière encore. Le gouvernement espagnol achète des souliers : est-ce à lui de juger les différends qui naissent à l'occasion de cette fourniture? Le droit de juridiction appartient, non au gouvernement, mais aux tribunaux. Si le marché avait été fait en Espagne, avec un Espagnol, il aurait été de la compétence des tribunaux espagnols, qui auraient condamné le gouvernement à payer. Est-ce que la souveraineté de l'Etat serait violée si le tribunal de Madrid avait prononcé cette condamnation? Et si elle reste intacte, malgré le jugement, pourquoi serait-elle violée par la décision du tribunal de la Seine? Les juges français ne condamnent pas l'Etat, le pouvoir exécutif, organe de la souveraineté, ils condamnent un particulier. Est-ce que acheter des souliers est par hasard un acte de souveraineté? Et si le tribunal de la Seine décide qu'il y a eu une fourniture de souliers, et qu'il en résulte une dette à charge de l'acheteur, est-ce que la nation espagnole va se trouver atteinte dans sa souveraineté, et prendra-t-elle les armes pour sauvegarder son indépendance menacée, que dis-je ? violée, parce que trois juges de la Seine ont décidé que le gouvernement espagnol a acheté des souliers et qu'il doit les payer? Cela n'est pas sérieux. La cour de Pau avait raison de dire que la souveraineté et l'indépendance respectives des gouvernements entre eux n'étaient d'aucune considération dans la cause; qu'elle ne pouvait en rien gêner le droit des fournisseurs de se pourvoir conformément à la loi, pour parvenir au payement d'une dette légitime (1). Les gouvernements, dit un arrêtiste, ne peuvent pas plus que les

(1) Pau, 6 mai 1845 (Dalloz, 1849, 1, 7).

particuliers se soustraire aux conséquences de leurs engagements, et leur indépendance ne peut être comme un rempart à l'abri duquel ils bravent impunément les réclamations de leurs créanciers (1).

Il y a, dans la jurisprudence que je combats, une confusion complète de deux ordres d'idées essentiellement différents : les actes de souveraineté qui ne relèvent pas des tribunaux, et les actes d'intérêt privé qui sont essentiellement de leur compétence. Cette confusion ne daterait-elle pas de l'ancien régime, où le roi absorbait tous les pouvoirs? L'Etat, c'est moi, disait Louis XIV; par suite tout ce qui concernait le roi prenait un caractère public; le patrimoine de l'Etat était la propriété du roi, et le patrimoine du roi devenait propriété de l'Etat; il en était de même de tous les intérêts privés du prince, ils se confondaient avec les intérêts politiques. Dans cet ordre de choses, on conçoit que les tribunaux étrangers fussent incompétents, dès que le roi ou l'Etat figuraient dans un débat : c'eût été s'attaquer à la majesté royale. Aujourd'hui le roi n'est plus que le chef du pouvoir exécutif; comme particulier, il est justiciable des tribunaux; or il agit aussi comme particulier quand il contracte comme personne civile; ce sont des contrats ordinaires, n'ayant rien de commun avec le pouvoir souverain, quand même ils auraient été faits au nom du roi; donc ils sont de la compétence des tribunaux, comme tous les contrats.

50. Les créanciers du gouvernement espagnol invoquaient l'article 14 du code Napoléon, qui autorise à citer devant les tribunaux français l'étranger qui a contracté des obligations envers un Français. La cour donne à cet article une interprétation que je ne saurais admettre. Elle dit « qu'il n'a trait qu'aux engagements privés contractés entre des citoyens appartenant à deux Etats différents, et non aux engagements auxquels un Etat étranger a pu se soumettre envers un Français. L'arrêt porte que cela s'induit très naturellement des termes mêmes de l'article, et

(1) Ch. Royer. dissertation (Dalloz, 1867, 2, 50). L'auteur cite une consultation de Vergé, à laquelle a adhéré Bertauld, aujourd'hui procureur général à la cour de cassation.

notamment de ce qu'il est placé dans un livre du code civil qui traite exclusivement des *personnes*, et sous un chapitre dont les dispositions sont destinées à régler uniquement les droits civils de celles-ci. » La cour ne s'est pas aperçue qu'elle prouvait trop, et en droit il est dangereux de prouver trop, car on ne prouve plus rien. Le livre premier traite des *Personnes;* n'en est-il pas de même de tout le code civil? Si le deuxième livre traite des biens, n'est-ce point dans leurs rapports avec les personnes? Et le troisième livre, qui a pour objet le droit héréditaire, les obligations, les contrats, les hypothèques et la prescription, n'aurait-il pas en vue les personnes? En un mot, tout le droit se rapporte aux personnes. Quelles sont les personnes auxquelles s'applique le code? Ce ne sont pas seulement les particuliers, ou les citoyens, comme dit la cour; il y a des personnes civiles auxquelles la loi accorde la jouissance des droits privés en leur permettant de posséder et de contracter. Tel est, avant tout, l'Etat. Ne serait-il pas soumis aux règles du droit civil, en tant qu'il est propriétaire, créancier, ou débiteur? L'affirmative ne saurait être contestée, sauf les exceptions que la loi établit, et sur lesquelles j'aurai l'occasion de revenir. Et ce qui est vrai des droits privés l'est aussi de l'exercice de ces droits, sinon il faudrait dire qu'aucune disposition du code civil n'est applicable à l'Etat. Les conséquences qui résultent du principe allégué par la cour de cassation sont d'une telle absurdité qu'il est impossible de les admettre, et de fait personne ne les admet (1). La jurisprudence décide que l'article 14 est applicable aux sociétés anonymes étrangères qui n'ont pas été autorisées par le gouvernement français (2). S'il reçoit son application aux personnes civiles privées, il y a identité de raison de l'appliquer aussi aux personnes civiles publiques.

51. Je n'insiste pas sur ce point, parce que l'article 14 est abrogé en Belgique par notre nouveau code de procédure, comme j'aurai occasion de le dire dans la partie

(1) Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 420. — Ch. Royer, dissertation (Dalloz, 1867, 2, 50).
(2) Amiens, 2 mars 1865; Paris, 9 mai, 1865 (Dalloz, 1865, 2, 105 et la note).

spéciale de ces Etudes. Il me reste une dernière difficulté à examiner et c'est la face la plus importante de la question. La cour de cassation dit, dans son arrêt de 1849 : « Avec quelque personne qu'un Etat traite, cette personne, par le fait de l'engagement qu'elle contracte, se soumet aux lois qui règlent le mode de comptabilité et la juridiction administrative ou judiciaire de cet Etat. » Dans l'espèce, les créanciers français avaient fait une saisie-arrêt sur les sommes qu'un négociant de Bayonne devait au gouvernement espagnol. « Or, dit la cour, les questions qui se rapportent au mode de vérification, à la liquidation, ou à la saisie des créances d'un gouvernement ou sur des étrangers ne peuvent être résolues que par les règles du droit public de cet Etat, et, par conséquent, ne peuvent être jugées par des tribunaux étrangers. » L'arrêt ajoute : « Pour qu'une saisie faite en France de sommes dues à un Etat étranger fût de nature à produire l'effet qui lui est propre, il faudrait que sa validité, une fois prononcée, pût libérer le tiers saisi ; mais il n'en saurait être ainsi, puisque le gouvernement étranger n'étant pas lié par la décision de la juridiction qui aurait validé la saisie pourrait toujours réclamer de son débiteur le payement de sa créance, réclamation qui exposerait le tiers saisi à payer deux fois. »

Ce considérant de l'arrêt a également été critiqué, et en termes assez vifs. M. Demangeat dit : « Nous ne prendrons pas la peine de réfuter ce troisième motif, car *évidemment* c'est une pure pétition de principe. » Ici le critique se trompe, à mon avis, et il oppose à un motif fondé sur le droit public administratif une simple affirmation qu'il déclare évidente; mais dire qu'une chose est évidente, c'est ne rien dire si cette évidence prétendue est contestée. Or, en commençant cette discussion, j'ai constaté que, d'après une jurisprudence unanime et incontestable, les jugements rendus contre l'Etat, les communes ou un établissement public ne pouvaient être mis à exécution sur les biens de l'Etat et des personnes civiles par les voies de la saisie, et que par suite aucune saisie-arrêt ne pouvait être pratiquée sur les créances leur appartenant. Comme

le dit très bien la cour de cassation, la liquidation, la vérification, le payement des créances à charge de l'Etat se font d'après les lois sur la comptabilité, et par voie administrative. Les voies ordinaires d'exécution sont incompatibles avec la gestion du patrimoine qui appartient aux personnes civiles publiques, et notamment à l'Etat. Ici le droit public domine nécessairement le droit civil, puisque l'indépendance des pouvoirs publics est en cause; les décisions des tribunaux ne peuvent pas troubler le régime financier de l'Etat en saisissant des biens ou des sommes qui font partie de son capital ou de ses revenus. S'il en est ainsi dans les rapports de régime intérieur, entre l'Etat et ses créanciers, il en doit être de même des rapports entre l'Etat et ses créanciers étrangers; ceux-ci, en traitant avec un Etat, savent qu'ils ne peuvent pas faire valoir leurs droits par les voies ordinaires de la saisie et de l'exécution; ils se soumettent aux lenteurs administratives, et, s'il y a lieu, aux embarras financiers de l'Etat avec lequel ils traitent. Si l'Etat débiteur ne paye point, il ne reste aux créanciers qu'à recourir à l'intervention de leur gouvernement, dont la protection ne fait jamais défaut à ses sujets (1).

Il ne faut pas conclure de là que les tribunaux soient incompétents pour connaître des demandes d'un créancier contre un Etat étranger. Autre chose est la compétence et la juridiction, autre chose est l'exécution forcée des décisions judiciaires. J'ai soutenu avec les publicistes allemands et français que les Etats comme les particuliers sont soumis à la juridiction des tribunaux étrangers, comme ils le sont à la juridiction des tribunaux nationaux; la justice est une et ne saurait varier d'après les frontières. Le tribunal saisi de la demande constatera la créance, et condamnera, s'il y a lieu, l'Etat à la payer, mais dans les formes et les conditions prescrites par sa comptabilité.

(1) Comparez un arrêt de la cour de Paris, du 7 janvier 1825 (Dalloz, 1849, 1, 5, en note). Dans l'espèce, les créanciers du gouvernement espagnol avaient saisi les sommes dues par des banquiers de Paris, du chef d'un emprunt contracté par l'Espagne. La cour décida que des deniers ayant une destination publique ne pouvaient être saisis, puisque ce serait paralyser la marche du gouvernement.

L'arrêt de la cour de cassation, quoique les considérants disent que les Etats ne sont pas soumis à une juridiction étrangère, ne décide pas que les tribunaux français sont incompétents; il décide seulement que la saisie pratiquée par les créanciers est nulle; en ce point l'arrêt est juste. Mais, dans la pensée de la cour, la décision implique l'incompétence absolue. Ici il y a erreur. Mon opinion concilie, me semble-t-il, les droits des particuliers qui traitent avec un Etat étranger, et la souveraineté de cet Etat. L'Etat qui s'oblige doit tenir ses engagements, il faut donc que le créancier ait action contre lui, partant la compétence des tribunaux nationaux ou étrangers ne saurait être contestée. Mais aucune juridiction, ni nationale, ni étrangère, ne peut porter atteinte à la souveraineté de l'Etat débiteur; or, ce serait la violer que de prononcer la validité de saisies, alors que, d'après le droit public de l'Etat, aucune saisie ne peut être pratiquée; ici l'indépendance de la puissance souveraine tient en échec le droit du créancier.

Il se peut donc que, malgré le jugement qu'il obtient contre l'Etat débiteur, le créancier ne soit pas payé. La justice réclame contre cet état de choses. Les publicistes font appel au droit, et à l'intérêt même des Etats (1); ce qu'ils disent est d'une vérité évidente. Mais comment faire de la théorie une réalité? Comment contraindre les Etats à tenir leurs engagements? Si l'on rejette l'exécution forcée, il n'y a plus de moyen légal d'obliger les Etats à payer ce qu'ils doivent. Il y a ici une lacune, non seulement dans la justice internationale, mais aussi dans la justice intérieure des Etats; les gouvernements peuvent manquer à leurs engagements envers les nationaux comme envers les étrangers. C'est un grand mal, mais, dans l'état actuel des sociétés politiques, c'est un mal sans remède. Cela prouve combien notre organisation sociale est imparfaite: nous sommes fiers de notre civilisation, et nous sommes encore des barbares.

(1) Pradier Fodéré, dans son adhésion à la consultation de Vergé (Dalloz, 1867, 2, 51).

52. La jurisprudence des cours et tribunaux s'est conformée à l'arrêt de la cour de cassation. Je me suis plaint, dans mes *Principes de droit civil*, de l'autorité excessive que l'on attache aux décisions de la cour suprême. En voici un exemple. Les porteurs d'obligations du canal Cavour invoquaient, contre le gouvernement italien, la garantie qu'il leur avait promise, et sous la foi de laquelle ils avaient traité avec la compagnie. Saisi de la demande, le tribunal de commerce de la Seine jugea comme suit : « Attendu que l'étranger mis en cause est un gouvernement et non un particulier ; qu'il ressort de la jurisprudence et notamment d'un arrêt rendu par la cour de cassation, le 22 janvier 1849, qu'un gouvernement ne saurait, à bon droit, pour les engagements qu'il contracte, être soumis à la juridiction d'un tribunal étranger ; le tribunal se déclare incompétent (1). » L'arrêtiste qui rapporte cette décision proteste et à juste titre, contre cette façon de juger. La cour de cassation rend des arrêts, elle ne porte pas de lois ; et les arrêts ne valent que ce que valent les motifs. Il faut donc toujours en revenir aux principes. Ce n'est pas manquer de respect à la cour suprême, puisqu'elle a changé plus d'une fois de doctrine, déclarant erronée une opinion qu'elle avait consacrée par de nombreux arrêts.

La jurisprudence des cours et tribunaux ne fait guère que reproduire les motifs donnés par la cour de cassation, que je viens de discuter. Souvent ce sont de simples affirmations. Un ingénieur français intenta une action contre le bey de Tunis en payement d'une somme de 4,500,000 francs, que le demandeur prétendait lui être due à raison des travaux qu'il avait été chargé par le bey d'exécuter pour la restauration des aqueducs de Carthage. Le tribunal de la Seine se déclara incompétent : « Attendu que c'est un *principe invincible* du droit des gens qu'un gouvernement ne peut être soumis, pour les engagements qu'il contracte, à la juridiction d'un Etat étranger (2). » Si c'est un principe *invincible*, il doit être

(1) Jugement du 11 avril 1867 (Dalloz, 1867, 2, 49, en note).
(2) Jugement du 1er mai 1867 (Dalloz, 1867, 2, 49, en note).

très facile de le démontrer, et un bon argument vaudrait mieux que toutes les affirmations.

Un jugement du tribunal civil du Havre, motivé avec beaucoup de soin, va nous dire quels sont ces principes *invincibles*. Le tribunal remonte à l'origine du droit de juridiction : « Sans contredit ce droit émane de la souveraineté ; et naturellement, le droit de juridiction ne s'étend que sur les nationaux, un étranger ne pouvant être tenu d'obéir à un autre qu'à son prince. » Il y a une autre notion de la justice ; ce n'est pas un *droit*, c'est un *devoir* que la société remplit ; c'est une dette, dit la cour de Bruxelles, dont les nations sont tenues mutuellement (1). La société ne doit-elle la justice qu'aux nationaux? La justice est universelle de son essence, comme l'idée divine d'où elle émane ; elle est donc due à l'*homme* et non au *citoyen*. C'est pour sauvegarder l'ordre public qu'il y a des tribunaux, et l'ordre public demande que tout procès soit vidé, sinon les parties devraient se faire justice à elles-mêmes, ce qui conduirait à l'anarchie et à la dissolution de la société. Logiquement, le tribunal du Havre devrait déclarer l'incompétence de la juridiction française, dès qu'un étranger est en cause. Mais il est arrêté par l'article 3 du code Napoléon qui soumet les étrangers aux lois de police. Le tribunal admet encore une autre exception, dans le cas où des étrangers contractent en France avec des Français ; il refuse toute juridiction aux tribunaux français entre étrangers, et il la refuserait aussi pour les obligations contractées à l'étranger envers un Français, si ce n'était l'article 14 du code Napoléon. C'est la négation de la communauté de droit qui existe entre les hommes, à quelque nation qu'ils appartiennent. Il est inutile de combattre ici la fausse doctrine du tribunal du Havre, puisque ces Etudes sont consacrées à établir le vrai principe, que les anciens avaient déjà deviné, et que l'on méconnaît encore à la fin du dix-neuvième siècle. Le tribunal passe ensuite au droit de juridiction par rapport aux sou-

(1) Bruxelles, 20 juillet 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 268). Comparez le réquisitoire de M. Leclercq, procureur général, à la cour de cassation de Belgique (*Pasicrisie*, 1840, 1, 319 et suiv.).

verains. Un souverain ne peut soumettre à sa juridiction un autre souverain. Voilà le *principe invincible*. Il est, en effet, au-dessus de toute contestation, quand il s'agit d'actes politiques. Mais la souveraineté est-elle en cause quand un gouvernement intervient dans un contrat de droit privé? C'est tout au plus si le tribunal concède qu'un souverain fasse juger ces contestations par les tribunaux nationaux; il voit là une *abdication* momentanée de la souveraineté, mais il l'approuve comme étant dictée par la bienséance et la délicatesse des sentiments : ainsi la justice devient une affaire de courtoisie. Il en est autrement dans les rapports internationaux; un souverain ne saurait se soumettre à une juridiction étrangère pour l'exécution de ses engagements; ce serait une marque de *sujétion* et d'*abaissement*. Je demanderai au tribunal du Havre si un Etat étranger s'*abaisse* aussi quand il réclame devant nos tribunaux le payement de ce qui lui est dû? ou ne s'*abaisse-t-il* que lorsqu'il s'agit de payer ce qu'il doit? Voilà à quoi aboutit le *principe invincible* de l'indépendance des Etats dans son application à la justice! Je ne réponds pas, parce que tout mon livre est une réponse.

53. Je trouve dans la jurisprudence des cours et tribunaux, en faveur de l'immunité des Etats étrangers, un argument auquel je dois répondre, parce qu'il retentit dans toutes les décisions de la jurisprudence de Belgique. Le tribunal de la Seine dit que l'immunité des souverainetés étrangères n'a jamais été contestée en France; qu'elle a même été reconnue implicitement lors de la discussion de l'article 14 au conseil d'Etat, où il a été dit que ses dispositions n'étaient pas applicables aux ambassadeurs. En effet, si les ambassadeurs ne sont pas soumis à la juridiction du pays où ils sont envoyés et reçus, à plus forte raison le gouvernement duquel ces ambassadeurs tiennent leurs pouvoirs ne doit pas être soumis à cette juridiction (1). La cour de Nancy a reproduit ces affirmations dans un arrêt récent, où elle invoque également l'opinion

(1) Jugement du 2 mai 1828 (Dalloz, 1849, 1. 6, en note).

de *tous les publicistes*, et le droit des gens européen (1). J'aurais donc contre moi la tradition, et l'autorité presque légale des travaux préparatoires du code civil. Heureusement qu'il y a dans ces considérants autant d'inexactitudes que d'allégations. On devrait être plus réservé quand on invoque la tradition; j'ai cité le témoignage de Bynkershoek (n° 316), qui constate qu'il n'y a point d'usage certain quant à l'immunité des souverains. Il y a un témoignage contraire, en ce qui concerne le droit français, lequel fait l'objet principal de ces Etudes. J'ai rapporté plus haut des extraits du mémoire remarquable que le ministre des affaires étrangères de France, M. d'Aiguillon, fit en réponse aux réclamations du corps diplomatique concernant l'immunité des ambassadeurs (n° 321). Le ministre y dit un mot, en passant, de l'immunité des souverains : « On pourrait saisir les biens mobiliers du prince même que l'ambassadeur représente, s'il en possédait sous notre juridiction; de quel droit les biens de l'ambassadeur seraient-ils donc exceptés de cette règle? » De là le mémoire conclut « que la personne seule de l'ambassadeur jouit de l'immunité, et que ses biens pouvant être attaqués sans interrompre ses fonctions, tous ceux qu'un ambassadeur possède dans le pays où il est accrédité sont soumis à la puissance territoriale. Et c'est par une suite de ce principe qu'une maison ou une rente qu'un ministre étranger posséderait en France serait sujette aux mêmes lois que les autres héritages (2). » Ainsi il faut renverser la proposition que l'on trouve dans les arrêts : la jurisprudence dit que les souverains sont exempts de la juridiction étrangère, parce que leurs représentants, les ambassadeurs, en sont affranchis. Tandis que la tradition française dit : On peut saisir les biens mobiliers du prince, donc on peut saisir les biens de son représentant.

La jurisprudence invoque encore la discussion qui eut lieu au conseil d'Etat, à l'occasion du titre préliminaire. Je l'ai rapportée ici même : tout ce que l'on en peut

(1) Nancy, 31 août 1871 (Dalloz, 1871, 2, 207).
(2) Merlin. *Répertoire*, au mot *Ministre public*, sect. V, § IV, art. III (t. XX, p. 284 et 285 de l'édition in-8° de Bruxelles).

induire, c'est que les auteurs du code civil entendaient maintenir l'immunité dont jouissaient les ambassadeurs (n° 302), mais ils ne voulaient certes pas innover en étendant cette immunité aux biens des souverains, C'est donc le droit traditionnel qu'il faut consulter pour déterminer la portée de l'immunité, et par conséquent il faut dire avec d'Aiguillon que la personne seule du prince jouit de l'immunité, que ses biens peuvent être saisis. Et ce qui était vrai du prince dans l'ancien droit doit être appliqué, dans le droit moderne, à l'Etat; ce n'est plus le prince qui est en cause, c'est le gouvernement. Il est vrai que le projet de code civil, titre I[er] du livre I[er], contenait une disposition ainsi conçue : « Les étrangers revêtus d'un caractère représentatif de leur nation, en qualité d'ambassadeurs, de ministres, d'envoyés, ou sous quelque autre dénomination que ce soit, ne seront point traduits, ni en matière civile, ni en matière criminelle, devant les tribunaux de France. » Après une légère discussion, cette disposition fut retranchée du projet, comme étrangère au droit civil et appartenant au droit des gens (1). Ce n'est donc pas la disposition présentée au conseil d'Etat et retranchée que l'on peut invoquer, c'est le droit des gens, tel qu'il était pratiqué en France; or un mémoire récent du ministre des affaires étrangère (1772) venait d'établir que l'immunité des ambassadeurs ne concernait que la personne de l'ambassadeur, et il constatait comme une règle non contestée que les biens du prince pouvaient être saisis.

Que devient, en présence des faits, l'argumentation sur laquelle la jurisprudence fonde l'insaisissabilité des biens de l'Etat, et l'immunité de toute juridiction étrangère? Elle s'écroule avec son fondement. Le droit traditionnel va même plus loin que la doctrine que j'ai cru devoir admettre avec la jurisprudence. Si l'on n'hésitait pas à saisir les biens mobiliers que le prince possédait en pays étranger, à une époque où les princes étaient si jaloux de leur

(1) Séance du conseil d'État du 6 thermidor an IX, n° 21 (Locré, t. I, p. 354 de l'édition de Bruxelles).

souveraineté, n'en faut-il pas conclure que la saisie des biens appartenant à un Etat étranger est compatible avec la souveraineté, et que les traités pourraient l'admettre comme garantie de la justice internationale? Toujours est-il que l'on ne peut pas se prévaloir de l'immunité reconnue aux ambassadeurs pour en induire que les Etats sont affranchis de toute juridiction étrangère.

La cour de Bruxelles a consacré la doctrine admise par la jurisprudence française. Son grand argument est la disposition que le projet de code civil contenait sur l'immunité des ambassadeurs. Elle pose en principe que l'immunité des ambassadeurs est la conséquence du caractère représentatif dont ils sont investis, et elle en conclut que cette immunité remonte à l'indépendance des nations qui sont censées agir par leur ministère. Le procureur général avait d'avance répondu à cette argumentation. Pour que l'ambassadeur jouisse de l'immunité à titre de représentant, il faut qu'elle appartienne à l'Etat qu'il représente; il faut donc commencer par prouver que l'Etat est affranchi de la juridiction étrangère; et c'est précisément cette immunité qui fait l'objet du débat. Le raisonnement de la cour est une vraie pétition de principe. Ce qui prouve que l'immunité des ambassadeurs n'est pas la conséquence de leur caractère représentatif, c'est qu'on la reconnaît aux gens de leur suite, qui ne sont certes pas les représentants de leur souverain. Le procureur général dit très bien que l'immunité a été établie pour que l'ambassadeur eût toute l'indépendance et la sécurité qui lui sont nécessaires pour s'acquitter de sa mission. Qu'est-ce que cela a de commun avec l'immunité que l'on réclame en faveur des souverains et surtout avec l'exemption de toute juridiction étrangère, que l'on prétend appartenir à l'Etat quand il fait des contrats d'intérêt privé? Est-ce une question de souveraineté que d'acheter des souliers, et de payer ses dettes (1)?

54. La jurisprudence des cours et tribunaux de Bel-

(1) Bruxelles, 30 décembre 1840, sur les conclusions contraires du ministère public (*Pasicrisie*, 1841, 2, 33 53).

gique est unanime, comme celle de France, en faveur de l'immunité des Etats étrangers. Cette unanimité ne m'effraye point : on ne compte pas les décisions judiciaires, on les pèse. Je commence par écarter un jugement du tribunal de Bruxelles qui ne soutient pas l'examen. L'empereur d'Autriche était assigné en qualité de cotuteur des enfants mineurs de la princesse de Tour et Taxis. Il a été jugé que le souverain étranger jouit du bénéfice de l'exterritorialité. Qu'est-ce que l'exterritorialité a à faire dans un procès de tutelle, quand le tuteur est un prince étranger résidant dans ses Etats? L'exterritorialité est une fiction imaginée pour expliquer l'immunité que le droit des gens reconnaît aux ambassadeurs : on feint qu'ils ne se trouvent pas là où ils sont appelés à exercer leurs fonctions. J'ai dit plus haut que cette fiction est rejetée par ceux-là mêmes qui admettent l'immunité. On conçoit qu'un prince résidant temporairement en Belgique invoque l'exterritorialité pour s'affranchir de la juridiction des tribunaux belges, bien que cette prétention n'ait pas de sens, car elle n'a de raison d'être que pour assurer aux ambassadeurs l'indépendance et la sécurité qui leur sont nécessaires pour remplir leur difficile mission. A quel titre un souverain étranger se prévaudrait-il d'un privilége politique, alors que toute politique est hors de cause? Dans l'espèce, la prétention touche au comique. L'empereur d'Autriche se trouve dans son palais de Vienne; on l'assigne devant le tribunal de Bruxelles, en sa qualité de tuteur. Il oppose l'exception d'exterritorialité : ce qui revient à dire qu'il soutient qu'il n'est pas en Belgique, quoique de fait il s'y trouve. Le tribunal, ou le demandeur ne serait-il pas en droit de lui répondre : « Sire, vous n'avez pas besoin d'une fiction, pour en induire que vous êtes à Vienne, vu que vous y êtes en chair et en os. Mais de ce que vous êtes à Vienne, cela ne prouve pas que vous ne puissiez être cité devant un tribunal belge, pourvu que ce tribunal soit compétent : laissons donc là la fiction, et restons sur le terrain de la réalité et du droit. Vous prétendez n'être pas soumis à la juridiction belge. Prouvez-le. » L'empereur, pour établir son immunité, dit :

« Mes engagements échappent forcément à la juridiction belge, même lorsque j'agis comme particulier, ma qualité de souverain étant inhérente à ma personne, sans possibilité d'en faire abstraction (1). » Le demandeur ne se laisse pas effrayer par la majesté impériale et réplique : « Sire, j'ai un profond respect pour les rois et les empereurs, mais je n'ai rien à faire à la majesté royale et impériale. Ouvrez notre Constitution, et vous y verrez que le roi est chef du pouvoir exécutif, et qu'il intervient aussi dans le pouvoir législatif : ce n'est à aucun de ces titres que vous figurez au procès, c'est comme tuteur, or la tutelle ne vous a pas été déférée comme exerçant le pouvoir exécutif; et il ne s'agit pas non plus de votre droit d'initiative en matière de lois, ni du droit de sanction. C'est l'homme qui est en cause, ce n'est pas l'empereur. Vous prétendez, Sire, que l'homme est inséparable de l'empereur. Cela était vrai du temps que Louis XIV disait : L'Etat, c'est moi. Cela n'est plus vrai aujourd'hui; un roi, votre proche voisin, Frédéric II, que les Prussiens appellent Frédéric le Grand, disait que le prince était le premier serviteur de l'Etat. Cette nouvelle doctrine est devenue un principe constitutionnel, et le tribunal devant lequel vous êtes assigné n'aura garde de l'oublier ; il sait très bien distinguer l'*homme* du *souverain*. Celui-ci est inviolable et ne peut être traduit en justice; est-ce à dire que l'*homme* ne soit pas soumis à la juridiction, parce qu'il se confond avec le souverain? Ce serait une hérésie constitutionnelle, dont aucun juge en Belgique ne se rendra coupable, tellement la distinction que vous répudiez est élémentaire. Dès que le roi ou l'empereur n'agit pas comme pouvoir, il n'est plus qu'un simple citoyen, un homme, et, comme tel, il est justiciable des tribunaux de son pays; rien n'empêche, par conséquent, qu'il soit justiciable des tribunaux étrangers. » L'empereur insiste et prend un air menaçant; par courtoisie, il s'énonce en termes généraux : « S'il était loisible à tout particulier

(1) Le tribunal de Bruxelles aurait pu citer Heffter à l'appui de cette étrange doctrine. mais le publiciste allemand affirme, il oublie de prouver (*Europäisches Völkerrecht*, § 53, p. 102, VI, 3e édition).

d'attraire un souverain étranger devant vos tribunaux, cette faculté serait de nature à compromettre les bons rapports de votre gouvernement avec les autres gouvernements, et pourrait devenir pour votre pays une source de graves difficultés (1). » Le demandeur ne recule point épouvanté, et termine le débat en disant : « Sire, vous plaisantez, et la justice est chose sérieuse. Le gouvernement est absolument hors de cause ; il n'a rien à commander aux tribunaux, il n'a rien à leur défendre : comment serait-il responsable des actes d'un pouvoir indépendant? Si donc vous aviez à vous plaindre de la décision du tribunal de Bruxelles, il faudrait diriger vos armées contre ledit tribunal ; permettez-moi de vous dire que cela n'est pas sérieux. » Sur ces plaidoiries, le tribunal de Bruxelles donna gain de cause à l'empereur d'Autriche.

55. J'ai déjà cité l'arrêt de la cour de Bruxelles, rendu en cause de la *Société Générale pour favoriser l'industrie nationale* contre le gouvernement des Pays-Bas. Il est inutile de rapporter les faits de la cause, les motifs de l'arrêt étant conçus en termes généraux et absolus. La cour se déclare incompétente : « Attendu que dans leurs rapports avec la Belgique, les nations étrangères ne sont soumises qu'au droit des gens ; et que l'indépendance mutuelle des nations et leur égalité ne permet pas à l'une d'imposer à l'autre ses lois particulières ou ses tribunaux pour la décision des contestations qui les divisent. » J'accepte le principe, et personne ne contestera que les différends qui divisent les nations se vident sur les champs de bataille et non devant les tribunaux de l'un des États. Mais est-il bien vrai que, dans l'espèce, il s'agissait d'intérêts qui dépendent du droit des gens? Il s'agissait d'engagements d'intérêt privé, à raison desquels les tribunaux belges auraient certes été compétents si les faits s'étaient passés en Belgique, tandis qu'ils seraient incompétents si la nation figurait dans un litige comme puissance souveraine. La cour de Bruxelles ne tient aucun compte de

(1) Jugement du tribunal de Bruxelles, du 3 novembre 1870 (*Belgique judiciaire*, t. XXVII, p. 1574).

cette distinction, elle ne la mentionne même pas. Cependant elle avait été faite par le procureur général ; se trouvant en désaccord avec le ministère public, dans une question de compétence, elle aurait dû combattre la théorie qu'elle refusait de consacrer; au lieu de cela, elle allègue le plus mauvais des arguments que l'on puisse invoquer en faveur de l'immunité des Etats, à savoir l'immunité des ambassadeurs. Je viens de répondre à son argumentation, et je me fais un devoir de rétablir les vrais principes en reproduisant succinctement les principes exposés par le procureur général. Ce sera au moins une preuve que l'unanimité de la jurisprudence n'implique point l'unanimité de la doctrine.

La question, telle qu'elle est posée et décidée par la cour de Bruxelles, se réduit à savoir si les engagements contractés par un gouvernement dépendent du droit des gens ou du droit civil. Ils dépendent du droit des gens quand le gouvernement agit comme puissance souveraine. « Nous reconnaissons avec Vattel que, d'après les principes du droit des gens, les Etats souverains sont indépendants entre eux; que la souveraineté d'une nation et son indépendance sont des droits que les autres nations admises dans la société politique doivent scrupuleusement respecter. Nous concevons que l'on tire de là la conséquence qu'un gouvernement étranger, considéré *comme puissance souveraine*, ne puisse être traduit à la barre des tribunaux belges. Mais ce n'est pas comme puissance souveraine que le gouvernement des Pays-Bas, représenté par le syndicat d'amortissement, a pratiqué à Amsterdam une saisie-arrêt sur des valeurs appartenant à la *Société Générale*, et ce n'est pas comme puissance souveraine qu'il a été cité devant les tribunaux belges; c'est pour des obligations contractées par un établissement privé de Belgique ou envers lui, de la même manière et au même titre qu'elles eussent été contractées par un particulier. C'est comme *propriétaire* ou *créancier* que le gouvernement néerlandais a agi à Amsterdam, en faisant pratiquer la saisie-arrêt ; c'est comme débiteur ou comme propriétaire ayant agi illégalement qu'il est cité devant un tribunal de

Belgique. Ce n'est donc pas de droits exercés par le gouvernement des Pays-Bas, comme *puissance souveraine indépendante*, que les tribunaux belges sont appelés à connaître dans la présente cause; c'est une contestation du mien et du tien qu'ils ont à décider entre deux *personnes morales* qui se prétendent créancières l'une de l'autre. » C'est la distinction que j'ai faite dans tout le cours de cette discussion, et qu'ont faite aussi en France ceux qui ont critiqué la jurisprudence française.

On objectait, dans l'intérêt du défendeur, que les tribunaux belges n'avaient point de juridiction sur le gouvernement des Pays-Bas. La juridiction, disait-on, c'est le *domaine joint à l'empire*, et les tribunaux belges ne peuvent rien ordonner à un Etat étranger, parce que la force exécutive belge ne peut rien sur cet Etat. Je reproduis l'objection parce qu'elle a été faite et qu'on pourrait la faire encore. Le procureur général y répond d'une manière péremptoire : « Nous reconnaissons que les tribunaux belges n'ont pas sur un Etat étranger le *domaine joint à l'empire;* ils ne l'ont pas davantage sur les sujets d'un tel Etat; l'argument prouve donc trop et par cela même il ne prouve rien; car il en résulterait que, d'après les principes du droit des gens, les sujets d'un Etat étranger ne pourraient jamais être cités devant un tribunal belge, et que l'article 14 du code civil serait toujours sans application. » La conséquence, quelque absurde qu'elle soit, a été admise par un tribunal français, au moins en théorie; elle témoigne certes contre la théorie.

Il y a encore une autre confusion dans l'argumentation à laquelle répond le procureur général : elle confond la *compétence* avec l'*exécution*. Les tribunaux sont compétents dès qu'il s'agit de droits privés, peu importe qui est en cause, individu, société, administration, établissement ou gouvernement. Les personnes morales, comme les personnes naturelles, sont justiciables de nos tribunaux quand elles se sont obligées envers un Belge. Cette juridiction est purement de droit civil; le droit des gens est étranger au débat. Autre est la question de savoir comment le jugement à obtenir sera exécuté soit en Belgique, soit en pays

étranger; les tribunaux appelés à prononcer n'ont pas à s'en occuper. Je renvoie à ce que j'ai dit au début de cette discussion (1).

56. Un jugement récent du tribunal d'Anvers reproduit la doctrine consacrée par la jurisprudence française et belge. Ce sont toujours les mêmes arguments et, on doit le dire, les mêmes erreurs. L'article 14 du code Napoléon, modifié en Belgique par la loi du 25 mars 1876, article 52, permet aux Belges de traduire des étrangers devant les tribunaux belges. Le jugement écarte cet article, parce que le texte, dans sa signification naturelle, ne comprend que des particuliers. Il a été répondu à cette interprétation d'une manière péremptoire, comme je le dis plus haut (n° 50); le tribunal ne tient aucun compte de la réfutation; il est probable qu'il l'ignorait. Puis vient l'argument de l'immunité des ambassadeurs, reconnue par le conseil d'Etat, immunité qui s'étend aux gouvernements; car on ne concevrait pas que les gouvernements jouissent de moins de protection que leurs représentants (2). Le tribunal répète ce que la cour de Bruxelles a dit, et ce que le procureur général avait réfuté d'avance. Tant est grande l'autorité de la jurisprudence. A mon avis, il y a une autorité plus grande encore, celle de la raison et celle de la science qui s'appuie sur la raison. Quant à l'accord unanime des peuples civilisés invoqué par le tribunal, nos lecteurs savent à quoi s'en tenir. S'il y a quelque chose d'unanime, c'est l'erreur des cours et tribunaux qui parlent de l'unanimité d'une doctrine que les publicistes les plus autorisés nient.

La décision du tribunal d'Anvers a été vivement critiquée par M. Spée, avocat et greffier adjoint du tribunal de commerce (3). Il importe de constater l'opposition que la jurisprudence rencontre dans la doctrine; si la doctrine est fondée sur les vrais principes, elle finira par l'emporter sur l'autorité des arrêts. A mon avis, la critique est péremptoire. Il faut d'abord écarter le projet de code

(1) Réquisitoire du procureur général (*Pasicrisie*, 1841, 2, p. 40 et 41).
(2) Jugement du 11 novembre 1876 (*Pasicrisie*, 1877, 3, 28).
(3) *Belgique judiciaire*, 1876, p. 1441-1451.

civil, qui consacrait l'immunité des ambassadeurs; un projet n'est pas une loi; le projet n'a pas même été discuté au conseil d'Etat, on l'écarta comme n'appartenant pas à un code de lois civiles. C'est dire que le droit des gens doit décider la question. Les publicistes admettent l'immunité des ambassadeurs; on peut l'admettre avec eux, comme garantie de la liberté et de l'indépendance qui sont nécessaires aux agents diplomatiques. Mais qu'est-ce que cette immunité a de commun avec la question de savoir si les gouvernements étrangers sont justiciables des tribunaux belges pour les dettes qu'ils contractent? On invoque la souveraineté des nations et leur indépendance réciproque, et on allègue l'autorité de Vattel pour établir ce principe. Nous ne contestons pas l'indépendance des Etats, quand il s'agit de leur souveraineté et qu'il n'y a entre eux aucun lien d'obligation privée. Vattel ne dit pas autre chose : « Le droit de contrainte contre une *personne libre* ne nous appartient que dans les cas où cette personne est obligée envers nous à quelque chose de particulier, par une raison particulière qui ne dépend pas de son jugement, dans les cas, en un mot, où nous avons contre elle un *droit parfait*. » Or les obligations engendrent des *droits parfaits*, sans distinguer qui est la personne obligée, et là où il y a un droit parfait, la justice peut et doit intervenir pour le garantir. Dire qu'il y a des droits parfaits que les tribunaux ne garantissent point, c'est proclamer que le déni de justice puni comme un crime devient un droit quand un gouvernement étranger est en cause. Vainement dit-on que nos tribunaux ne peuvent pas juger un Etat souverain : ce n'est pas l'Etat souverain qui plaide, c'est l'Etat contractant, l'Etat débiteur, l'Etat agissant comme une personne civile. Est-ce qu'on ne voit pas tous les jours l'Etat belge agir comme demandeur, soit devant nos tribunaux, soit devant les tribunaux de France? Si sa souveraineté n'est pas compromise quand il est demandeur, comment le serait-elle quand il est défendeur? N'est-ce pas toujours l'Etat qui est en cause? Il y a plus, l'Etat demandeur devient défendeur quand on lui oppose une demande reconventionnelle, ou quand on

interjette appel contre lui; pourquoi ne pourrait-il pas être défendeur principal, alors qu'il peut être défendeur par suite de sa demande? Enfin l'on admet que l'Etat serait soumis à la juridiction des tribunaux étrangers s'il possédait des immeubles en pays étranger. Ainsi sa souveraineté ne sera pas altérée s'il plaide comme défendeur dans une action immobilière, et elle sera en danger dans les actions mobilières! La contradiction est manifeste, et elle témoigne contre le principe de l'immunité.

Il ne reste rien debout dans le jugement du tribunal d'Anvers. Je ne fais qu'une réserve, en ce qui concerne les mesures d'exécution telles que la saisie. Ici les finances sont en cause, donc un intérêt public, politique. Dès lors le principe de l'indépendance des Etats doit recevoir son application; sauf à régler par des traités comment les jugements rendus contre un Etat seront éxécutés.

57. Pour terminer cette longue discussion sur l'immunité des souverains, il me reste à voir si les princes, en pays étranger, ont une juridiction sur les gens de leur suite. On suppose qu'ils sont reçus comme souverains. Si on laisse de côté la doctrine des publicistes qui ont écrit sur le droit des gens, il n'y a guère de doute. La juridiction est un attribut de la souveraineté, et à quel titre les rois exerceraient-ils la puissance souveraine dans un pays où ils ne sont pas souverains? Peut-il y avoir deux souverains dans un seul et même Etat? La question n'a point de sens. Qui aurait conféré au prince étranger une partie quelconque de la puissance souveraine? Les rois ne sont plus que l'un des pouvoirs auxquels la nation délègue la souveraineté; et il ne leur est pas permis de déléguer à leur tour des droits qu'ils n'exercent que par délégation. Il faudrait donc remonter à la nation, et demander si c'est elle qui permet à un prince étranger d'exercer une juridiction sur sa suite. La question, encore une fois, n'a point de sens. Dira-t-on que le roi étranger étant reçu comme souverain doit avoir les droits qui sont attachés à la souveraineté? Je viens de dire que cela est un non-sens, puisqu'il ne saurait y avoir deux souverains dans un seul et même pays; ici c'est le cas d'invoquer le principe dont on

abuse tant dans la science du droit international privé, à savoir que la souveraineté est territoriale et qu'elle ne saurait dépasser les limites du territoire. Mais admettons que, par une fiction quelconque, la chose soit possible. Encore le prince étranger ne pourrait-il exercer à l'étranger que les pouvoirs qu'il a dans son propre royaume. Et faut-il demander si, dans nos Etats constitutionnels, le roi exerce la juridiction sur son entourage? Toutes les questions que l'on fait en cette matière aboutissent à l'absurde. Cependant telle est la puissance de la tradition sur les légistes qu'ils répètent encore au dix-neuvième siècle une théorie monarchique qui date des temps féodaux alors que saint Louis rendait la justice au pied d'un chêne. J'ai dit ailleurs (1), que les rois étaient considérés comme la source de la justice, et que s'ils en déléguaient l'exercice aux tribunaux, ils ne laissaient pas de l'exercer eux-mêmes dans des occasions solennelles. Philippe II, le czar Pierre prononcèrent des arrêts de mort en vertu de ce prétendu pouvoir. Eh bien, on répète encore aujourd'hui ce qui pouvait être vrai dans l'ancienne monarchie féodale, ou dans la royauté absolue, mais ce qui certes ne l'est plus au dix-neuvième siècle. On lit dans le Répertoire de Merlin : « On a toujours dit en France que le monarque était chargé de rendre la justice à ses sujets, que c'était son premier et principal devoir (2), un devoir vraiment royal (3), que les tribunaux n'étaient institués que pour le remplir à sa décharge. Montesquieu lui-même disait que le roi était, à l'égard des justices seigneuriales, la source d'où tous les fleuves partaient, et la mer où elles revenaient (4). » Ces vieilles idées furent ressuscitées en 1814, par la Restauration; la Charte de Louis XVIII porte que toute justice émane du roi. Mais on ne ressuscite point le passé. La Révolution a mis fin pour toujours à la féodalité et au pouvoir absolu : dès le 1er octobre 1789,

(1) Voyez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité.*
(2) Préambule de la déclaration de Louis XIV, du 20 mai 1713.
(3) Discours de Louis XV au Parlement de Paris du 3 mars 1766.
(4) Merlin (*Répertoire*, au mot *Pouvoir judiciaire*, n° 1 (t. XXIV, p. 4 de l'édition de Bruxelles).

l'Assemblée Constituante décréta que le pouvoir judiciaire ne pourrait jamais être exercé par le roi.

Ces idées surannées se trouvent encore au fond de ce que l'on appelle le droit des gens. Si les publicistes avaient réfléchi à la révolution de 1789 et au nouvel ordre de choses qu'elle inaugure, auraient-ils pu songer à donner aux souverains en pays étranger un pouvoir dont les rois ne jouissent point dans leurs propres Etats? Nous allons les entendre; c'est une voix du passé qui retentit comme un vain écho dans la société moderne. « Les princes, dit Klüber, sont affranchis de la juridiction du pays étranger où ils se trouvent, et *on* leur reconnaît la juridiction civile sur les gens de leur suite (1). » Qui est cet *on?* Sans doute le droit des gens. Sur quelle autorité se fonde ce droit des gens? Je ne le sais; Klüber ne rapporte aucun témoignage; il cite, en note, un auteur qui conteste cette immunité, c'est Leibnitz (2). Ainsi pour toute autorité nous avons un témoignage négatif. Du reste pas une ombre de motif rationnel. Klüber appartient à l'école pratique, il constate des faits. Encore faudrait-il que ces faits fussent établis. Est-ce sur un usage? Qu'on le prouve! Est-ce sur la doctrine? Nous allons voir comment elle se forme : chaque auteur copie ceux qui l'ont précédé, puis tous ces auteurs forment tradition.

Martens dit aussi qu'*on* accorde aux monarques étrangers la juridiction sur les gens de leur suite : son annotateur, Pinheiro-Ferreira, ajoute une restriction, l'immunité se borne à la juridiction civile. C'est toujours l'anonyme *on* qui est la grande autorité. Martens rapporte ce droit de juridiction à l'*exterritorialité* (3). Est-ce que, par hasard, les princes exercent une juridiction quelconque dans le pays où ils règnent sur les gens de leur suite? Et par quel miracle auraient-ils en pays étranger un pouvoir qu'ils n'ont pas chez eux, alors que l'on fonde ce pouvoir sur ce

(1) Klüber, *Europäisches Völkerrecht*, p. 59, § 49 (2e édition, 1851).
(2) Cæsarinus Fürstenerius, *De jure suprematus ac legationis principum Germaniæ* (1677), c. 7, p. 21.
(3) Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, avec des notes de Pinheiro-Ferreira, t. II, p. 13, § 172.

que, par une fiction, ils sont réputés se trouver chez eux?

Je ne demanderai pas aux publicistes allemands le motif pour lequel ils accordent la juridiction civile aux princes étrangers, tandis qu'ils leur refusent la juridiction criminelle. Saalfeld, qui copie Martens et Klüber, fait cette distinction (1), sans la motiver; il est de l'école qui fonde le droit des gens sur les traités et des usages, c'est-à-dire sur des faits. Mais au moins devrait-on citer des faits, et je n'en trouve nulle part. La distinction, en tout cas, n'a point de sens : est-ce que la juridiction civile n'est pas une émanation de la souveraineté aussi bien que la juridiction criminelle? Si le souverain a l'une, pourquoi n'a-t-il pas l'autre? Le droit des gens *positif* ne répond pas à ces questions Dès lors il ne mérite pas le nom de science, car le droit est une science rationnelle, et non un recueil de faits. Si du moins les *positivistes* citaient des faits! Ainsi ni faits ni idées!

Heffter paraît plus logique, il reconnaît la juridiction aux souverains en termes généraux, sans distinguer entre la juridiction civile et la juridiction criminelle, mais il ajoute une restriction qui détruit le principe, c'est que le prince ne peut avoir à l'étranger une juridiction qu'il n'a point dans son propre royaume. Voilà de la théorie : c'est la conséquence de l'exterritorialité. Resterait à prouver que cette théorie reçoit son application dans les Etats *européens*, car l'ouvrage de Heffter est intitulé : Le Droit des gens *européen moderne* (2). Qu'on veuille bien nous dire dans quels Etats de l'Europe actuelle les princes exercent la juridiction !

Un publiciste anglais répète fidèlement ce qu'ont dit avant lui les publicistes allemands. Phillimore admet le principe de l'exterritorialité, et il en déduit que les souverains ont à l'étranger une certaine juridiction : *a certain amount of juridiction*. Si l'auteur voulait nous dire ce que c'est qu'une *certaine juridiction* ! Il devrait bien nous dire aussi quelle est la juridiction que la reine Vic-

(1) Saalfeld, *Handbuch des positiven Völkerrechts*, p. 46, § 22.

(2) *Das Europäisches Völkerrecht der Gegenwart*, § 54, p. 103 (3e édition).

toria exerce sur les gens de sa suite. En Belgique, en tout cas, le roi n'a plus une ombre de juridiction, et je pense bien qu'il en est de même dans tous les Etats constitutionnels. A quoi bon alors parler d'un privilége fondé sur l'exterritorialité ?

38. Les immunités que l'on reconnaît aux princes cessent avec leur souveraineté. S'ils abdiquent, ou s'ils sont déposés légalement, ils ne sont plus souverains ; dès lors, ils ne peuvent plus invoquer des priviléges attachés à la souveraineté. Il y a cependant un fait fameux qui semble contredire ce principe plus clair que la lumière du jour. La reine Christine de Suède abdiqua; elle continua à jouir des honneurs que l'on rend aux souverains, et pendant son séjour en France, elle fit mettre à mort son écuyer Monaldeschi. Ce meurtre ne donna lieu à aucune poursuite; on remarqua seulement que Christine quitta la France, et on supposa que son départ fut la suite du mécontentement que le roi témoigna de son étrange conduite. Je n'aurais pas songé à faire d'un crime un précédent juridique. Il y a toutefois des adulateurs de la royauté qui l'ont fait, et Phillimore discute sérieusement la question. Je lui laisse la parole. Il va de soi que le publiciste anglais admet le principe que, la cause de l'immunité cessant, l'effet doit cesser également. Il ajoute que si les princes qui abdiquent ou sont déposés ne peuvent plus jouir d'un privilége légal, rien n'empêche que l'Etat où ils résident leur accorde tels droits et honneurs qu'il juge convenable. Est-ce que Phillimore ne s'est pas laissé égarer ici par la fausse idée de la *courtoisie* qui règne dans la science anglo-américaine ? Le prince, après son abdication ou sa déposition, n'est plus qu'un simple particulier ; que, par égard pour son ancienne dignité, et aussi par vanité royale, on lui accorde les honneurs de la royauté, soit : le droit n'a rien de commun avec le fétichisme monarchique. Mais que l'on accorde un pouvoir quelconque, une juridiction sur sa suite à un particulier parce qu'il a été roi, cela est un hérésie constitutionnelle, car tous les peuples sont régis par les principes constitutionnels, que l'Angleterre a eu la gloire d'inaugurer. Une

loi même ne pourrait, en Belgique, conférer au roi un pouvoir, ni le moindre droit que la Constitution ne lui accorde pas ; bien moins encore le législateur pourrait-il investir un particulier d'un attribut de la puissance souveraine, tel que la juridiction.

Phillimore, j'ai hâte de le dire, donne à l'exécution de Monaldeschi le nom qu'elle mérite : c'est un meurtre, et Christine était justiciable des tribunaux français pour avoir commis un assassinat. Ici le publiciste anglais ajoute une réserve : « Si le gouvernement français avait reconnu à l'ex-reine les droits de la souveraineté, les tribunaux auraient peut-être été incompétents pour la juger (1). » Quoi ! il dépendrait d'un prince constitutionnel d'empêcher les tribunaux de poursuivre un meurtrier, parce que ce meurtrier a été roi et que, par courtoisie, on veut bien le reconnaître comme tel ! Le principe est une hérésie, et la conséquence est une énormité. A l'appui de mon opinion je citerai le jugement de Voltaire : on a dit de lui qu'il avait le génie du bon sens; il y a plus que du bon sens, plus que du génie dans les paroles que je vais transcrire : il y a le cri de la conscience indignée à la vue d'un crime que des flatteurs ont voulu pallier.

« De quelque faute que Monaldeschi fût coupable envers Christine, ayant renoncé à la royauté, elle devait demander justice et non se la faire. Ce n'était pas une reine qui punissait un sujet, c'était une femme qui terminait une galanterie par un meurtre; c'était un Italien qui en faisait assassiner un autre par l'ordre d'une Suédoise, dans le palais d'un roi de France. Nul ne doit être mis à mort que par les lois. Christine, en Suède, n'aurait eu le droit de faire assassiner personne, et certes, ce qui eût été un crime à Stockholm n'était pas permis à Fontainebleau. Ceux qui ont justifié cette action méritent de servir de pareils maîtres. Cette honte et cette cruauté ternirent la philosophie de Christine qui lui avait fait quitter un trône. Elle eût été punie en Angleterre et partout où les lois règnent; mais la France ferma les yeux à cet attentat

(1) Phillimore, *International law*, t. II, p. 131, n° 113.

contre l'autorité du roi, contre le droit des nations et contre l'humanité (1). » Ailleurs, Voltaire ajoute : « Le devoir du cardinal Mazarin, premier ministre, n'était pas de se taire, mais il était de faire sentir l'indignation du roi à Christine. Le devoir du procureur général était de faire informer contre les assassins à gages qui avaient tué un étranger dans une maison royale ; et il fallait peut-être ne renvoyer Christine qu'après l'avoir forcée au moins d'assister au supplice des meurtriers payés par elle. Plusieurs hommes justes auraient été d'un avis plus rigoureux (2). » Voltaire était un de ces hommes justes.

§ III. — *Les ambassadeurs.*

N° 1. L'IMMUNITÉ DE LA JURIDICTION CRIMINELLE.

59. J'ai cité plus haut (n° 8) les témoignages des auteurs qui ont écrit sur le droit international privé, concernant l'immunité en général, ou ce que l'on appelle l'exterritorialité. A entendre leurs affirmations absolues, on croirait que l'exemption de toute juridiction est un principe incontesté et incontestable. Ils sont surtout très affirmatifs quand il s'agit de l'immunité criminelle : « Un usage généralement reçu, dit Fœlix, admet, en matière criminelle, l'exterritorialité des souverains et de leurs ministres ou autres représentants (3). » Le savant légiste cite quinze auteurs à l'appui de sa proposition, et il serait facile de doubler et de tripler ce chiffre ; on sait qu'il y a des manuels sans nombre sur le droit naturel et des gens, et l'un copie l'autre. Un auteur français nous dira le motif et l'étendue de cette immunité : « Les ministres publics sont indépendants de l'autorité de l'Etat où ils sont accrédités, en matière de crimes et de délits. Sans cette indépendance, il leur serait impossible d'exécuter envers le souverain

(1) Siècle de Louis XIV, chap. VI.
(2) Voltaire, pièces relatives à l'*Essai sur les mœurs* (Œuvres, t. XVI, p. 428, édition de Renouard).
(3) Fœlix, *Traité du droit international privé*, t. I, p. 292, n° 576 de la 4e édition.

dans l'Etat duquel ils se trouvent les instructions qu'ils reçoivent de leurs cours, avec la fermeté et la sécurité qu'exige leur accomplissement. En conséquence, le droit des gens, universellement pratiqué chez toutes les *nations civilisées*, reconnaît cet affranchissement de l'autorité souveraine et de la juridiction criminelle du pays où ils exercent leurs fonctions. Elle ne peut même les contraindre à venir devant elle en témoignage, elle doit se contenter de leur déclaration écrite, ou faire recevoir chez eux leur déposition par un magistrat délégué (1) ».

Je multiplie les citations en cette matière ; le témoignage des auteurs favorables à l'immunité, les faits qu'ils rapportent sont, à mon avis, la critique la plus vive d'un privilége qui révolte le sens moral.

Nous avons entendu Portalis déclarer devant le corps législatif qu'aucun Etat ne pourrait subsister s'il se trouvait dans son sein des hommes qui pussent impunément troubler l'ordre public en commettant des crimes contre les personnes et les biens. Et voilà qu'au nom du droit des gens, on réclame l'impunité en faveur des ambassadeurs, de leur famille et de leur suite, et on considère ce privilége accordé à des malfaiteurs titrés comme un caractère des *nations civilisées!* On dira un jour que notre civilisation était une affreuse barbarie, en tant qu'elle permettait à des hommes le plus haut placés dans l'ordre des fonctionnaires d'assassiner, de voler et d'adultérer à leur aise. En l'honneur de notre siècle, je me hâte d'ajouter que l'immunité réclamée par les publicistes au nom de la civilisation n'est plus que de l'histoire ; ils devraient le dire, car l'histoire est un acte d'accusation contre la vieille diplomatie.

60. Phillimore, qui a écrit dans la seconde moitié du dix-neuvième siècle, demande quelle est l'étendue du privilége dont jouissent les ambassadeurs. Il s'applique d'abord à tous les délits privés. Quant aux délits contre la propriété, il n'y a pas le moindre doute. En 1763, l'ambassadeur des Provinces-Unies auprès du landgrave de

(1) Gand, *Code des étrangers*, p. 49, n° 86.

Hesse-Cassel fut accusé d'abus de confiance dans la gestion d'une exécution testamentaire : violer la foi que l'on doit à un ami, à un mort, pour frustrer ceux dont il devait sauvegarder les intérêts, voilà la noble occupation d'un ministre public à la fin du dix-septième siècle. Le gouvernement lui demanda ses comptes. Refus, fondé sur le droit des gens des nations civilisées. Les Allemands, paraît-il, étaient encore barbares ; l'ambassadeur fut mis aux arrêts, non pour le juger, mais pour le forcer à rendre les pièces et documents qu'il possédait comme exécuteur testamentaire. Violentes plaintes de l'ambassadeur hollandais ; le voleur n'était pas le coupable, c'était le landgrave : il fut obligé de faire amende honorable, en envoyant une ambassade spéciale pour donner satisfaction du crime qu'il avait commis contre le droit des gens des nations civilisées (1).

Ma conscience d'homme et de légiste se soulève contre un droit qui est la violation du droit : n'est-ce pas le cas ou jamais de dire qu'il n'y a point de droit contre le droit? Phillimore éprouve quelque scrupule quand il s'agit de crimes contre les personnes : il cite l'assassinat ; pourquoi pas l'adultère? C'était, à en juger par les témoignages que je rapporterai, l'occupation favorite des diplomates, dans le bon vieux temps, où régnait la civilisation, on n'ose plus ajouter chrétienne. Le publiciste anglais écarte son scrupule : Grotius l'a dit, et il y a mieux, il a justifié l'impunité, la *sécurité* des ambassadeurs l'emportant sur l'*utilité* qui résulte de la *peine* (2). Le motif condamne l'immunité, et il accuse une singulière ignorance des principes les plus élémentaires de la justice pénale. Est-ce qu'on ne punit les criminels que parce qu'il est *utile* de leur infliger une peine? La justice est-elle une affaire de calcul et d'intérêt? Il faut renverser la proposition de Grotius ; c'est l'immunité des ambassadeurs qui est une question d'utilité : il importe, dit-on, qu'ils puissent vaquer avec sécurité à l'accomplissement de leur mission.

(1) Phillimore, *International law*, t. II, p. 173. — De Garden, *Traité de diplomatie*, t. II, p. 149 et suiv.
(2) Grotius, *De jure belli et pacis*, II, 18, 4.

Dira-t-on que l'existence de la société dépend de la sécurité dont jouissent les ambassadeurs ? On abolirait toutes les ambassades, ou l'on enlèverait aux ambassadeurs toutes leurs immunités, que le monde n'en irait pas plus mal; tandis que là où il n'y a point de justice, il n'y a plus de société. Il faut donc dire que la justice l'emporte sur l'utilité des ambassades. C'était l'avis des légistes les plus célèbres d'Angleterre, Coke, Commyns, Hale, Foster (1) ; mais les Anglais, plus que les autres nations, ont un profond respect pour les précédents et pour la tradition; or, la doctrine de l'immunité, soutenue par Grotius, et à sa suite par Wicquefort, Bynkershoek, Vattel et une légion d'écrivains allemands, l'emporta. Blackstone constate que, quelle qu'ait été l'opinion des anciens jurisconsultes, on suivait de son temps la doctrine de Grotius (1). Toutefois, le judicieux légiste n'approuve pas, il se soumet au fait, comme font toujours les jurisconsultes anglais, tout en donnant d'excellentes raisons pour le sentiment de Coke et de Hale : il veut bien admettre que les ambassadeurs ne puissent être punis pour des délits qui ne sont qualifiés tels que par les lois particulières des nations, tels que la contrebande ; mais quand il s'agit de crimes que la justice universelle punit, il faut dire que les ambassadeurs, comme tout homme, doivent subir la peine que la loi de la nature inflige aux criminels. Et je demanderai si une autorité quelconque peut l'emporter sur le sentiment de justice que Dieu a gravé dans notre conscience ?

Phillimore s'incline devant le fait, alors même qu'il s'agirait de crimes contre l'Etat, de conspirations contre le souverain, qui mettent en danger l'existence de l'Etat : c'est, dit-il, l'opinion généralement reçue, cela lui suffit. Non, cela ne suffit point ; tous les précédents du monde, ne justifient point le mépris de la justice. Phillimore et tous les publicistes se récrient contre ce reproche ; ils ne veulent pas que l'on dise que l'immunité est l'impunité. L'Eglise en disait autant de l'immunité qu'elle réclamait

(1) Phillimore, *International law*, t. II, p. 174, nº 156.
(2) Blackstone, *Commentaries*, t. I, p. 253 et suiv. (de la 7e édition), livre Ier, chap. 7.

pour ses ministres à titre de droit divin; elle entendait seulement les soustraire à la juridiction laïque, afin que les crimes de quelques hommes, rendus publics par le jugement, ne rejaillît point sur la religion; mais elle protestait que les coupables seraient punis plus sévèrement par les tribunaux ecclésiastiques. Vains subterfuges et vaines protestations! Je renvoie le lecteur aux plaintes amères de la nation germanique contre les *malfaiteurs oints* (1). Si l'immunité n'est pas l'impunité, il est certain qu'elle y a toujours abouti. Pour les ambassadeurs, cela est aussi vrai que pour les clercs. Il y a des crimes qu'ils commettent de complicité avec le prince dont ils sont les représentants : ils ne conspirent pas pour le plaisir de conspirer, ils conspirent par ordre. Et c'est à leurs complices qu'on les renvoie, pour qu'ils leur infligent un châtiment qu'eux-mêmes devraient recevoir ! Cela n'est pas sérieux. Grotius veut bien concéder que si un ambassadeur emploie la force armée, l'Etat peut le repousser par la force; mais, dit-il, c'est une défense contre un ennemi, ce n'est pas la justice qui punit un coupable. Ainsi l'Etat n'a pas même le droit de punir un ennemi public, qui l'attaque les armes à la main; on lui permet seulement de se défendre contre l'agression, comme on poursuit des bêtes féroces qui s'échappent de leur cage ! Régulièrement, on se borne à arrêter le traître, et on le transporte sous escorte au delà des frontières : c'est un *droit*, dit un diplomate, qui est réclamé *sans opposition* par toutes les puissances. Il est joli, ce *droit* que les *puissances réclament sans opposition !*

61. Que fait-on quand un ambassadeur vole, assassine, adultère? Pour que l'Etat intervienne, il faut d'abord qu'il y ait scandale public ; si l'on peut dissimuler le crime, il faut paraître l'ignorer. On doit se contenter d'ordonner à l'ambassadeur de se retirer, et se borner à demander à son maître, son unique juge, qu'il en fasse justice. Voilà la satisfaction que le droit des gens donne à l'ordre public troublé par un crime. Réal, à qui nous

(1) Voyez mon Étude sur l'Église et l'État.

empruntons cette théorie, avoue que l'ambassadeur, s'il commet quelque crime, est coupable, sans doute, et sujet à la peine que ce crime mérite. Mais, dit-il, la question est de savoir de qui il est justiciable. C'est son prince qui est son seul juge et son juge naturel. On voit ici l'origine et le fondement de la doctrine de l'immunité, c'est la monarchie absolue, et le fétichisme royal. Le roi seul est juge de son ambassadeur : c'est à lui de le punir. Cela était vrai dans la vieille monarchie; il en resta des débris jusqu'à la révolution, dans les lettres de cachet. Est-ce que, dans les Etats constitutionnels, le roi exerce encore la justice ? Lui appartient-il de juger son ambassadeur ? Celui-ci doit être puni par les tribunaux du pays dont il a violé l'ordre public. Réal le reconnaît ; mais il sacrifie la justice au droit des gens, c'est-à-dire à une fiction : « La loi qui punit le crime, n'est que du droit civil ; les privilèges des ambassadeurs tirent leur force du droit des gens, et ont une autorité supérieure à celle du droit civil. Violer les lois civiles est un crime particulier ; violer le droit des gens est un crime général, c'est, si j'ose le dire, un *crime de lèse-majesté universelle.* » Non, il y a une majesté supérieure à celle des rois, c'est la justice universelle : celle-là ne veut pas que l'on dissimule les crimes, et qu'on fasse semblant de les ignorer ; elle ne s'en rapporte pas au bon plaisir des princes, dont le bon plaisir peut être de ne pas punir leurs représentants. Il y a eu des centaines, des milliers de crimes commis par leurs ambassadeurs : que l'on nous cite les jugements rendus contre eux dans le pays qu'ils représentent ! L'immunité a toujours abouti à l'impunité. Ainsi, la justice est foulée aux pieds : n'est-ce pas là le véritable crime de lèse-majesté? Ce que Réal ajoute, dans le cas où il s'agit d'un *crime énorme* et où le *danger* est imminent, confirme ce que je viens de dire : ce sont des idées d'un autre âge et qui ne pourraient même plus recevoir leur application dans notre régime constitutionnel. On arrêtera l'ambassadeur, et on le renverra à son maître, avec les informations que l'on aura faites. Réal ne veut pas que les juges ordinaires informent, ce sera le conseil d'Etat ; on marquera par

cette procédure exceptionnelle qu'on n'entendait pas juger l'ambassadeur, mais simplement manifester à son maître le fait tel qu'il s'est passé, et réclamer sa justice (1).

Le temps de la justice royale est passé et, avec cette justice, doit tomber l'immunité des ambassadeurs. Mais les publicistes sont imbus des préjugés monarchiques; la puissance de la tradition l'emporte sur le cri de la justice. On lit dans un traité de diplomatie: « Si le délit a causé un scandale public, le prince porte ses plaintes au souverain du ministre, demande même le rappel ou la punition du coupable, et il y a des exemples qu'en pareille circonstance, on a interdit à l'envoyé de paraître à la cour » (2). Voilà la réparation que l'on accorde à la conscience publique ; l'assassin, le voleur, l'adultère ne paraissent plus à la cour! Phillimore reproduit cette doctrine en transcrivant les passages ; sa conscience est satisfaite quand l'Etat lésé a demandé justice (3). Et si l'on s'y prend de manière que jamais justice ne soit rendue, de sorte que l'immunité soit toujours l'impunité?

62. Il serait étonnant qu'une doctrine qui conduit à la violation de la justice fût universellement acceptée, comme le disent les auteurs qui traitent du droit international privé. Il en est de cette prétendue unanimité comme de celle de la jurisprudence, que l'on invoque souvent; quand on entre dans les détails, et que l'on scrute les motifs, on trouve qu'il n'y a pas deux arrêts ni deux auteurs qui soient d'accord. Bynkershoek met une réserve à la doctrine de l'immunité : « Si l'on a donné tant de priviléges aux ministres étrangers, c'est afin qu'ils vivent plus commodément dans le pays, sans être troublés dans leurs fonctions, et non pas afin qu'ils puissent troubler et léser les habitants, en usant de violence et de rapine... Chaque Etat a le droit d'empêcher et de défendre tout ce qui tend à l'anarchie... Ce n'est qu'un simple acte de défense, et

(1) Réal, *La Science du gouvernement*, t. V, contenant le Droit des gens, p. 217, 221 et 241.
(2) De Garden, *Traité de la diplomatie*, t. I, p. 150 et suivants. Comparez de Rayneval, *Institutions du droit de la nature et des gens*, liv. II, ch. 14, § 3.
(3) Phillimore, *International law*, t. II, p. 175, n° 158.

personne n'oserait soutenir qu'il fût illicite de se défendre contre un ambassadeur (1). » Si l'on pressait ces restrictions, on arriverait à rejeter l'immunité.

Vattel, grand partisan de l'immunité, dit que le ministre public est indépendant, mais qu'il n'a pas le droit de faire tout ce qui lui plaît Il conclut de là que chaque gouvernement a le droit de défendre à tous ministres étrangers de faire dans son pays des choses dont il peut résulter du désordre, et qui d'ailleurs ne sont point nécessaires à l'exercice de leurs fonctions (2). C'est la justice préventive, et l'Etat qui a le droit et le devoir de prévenir les crimes, n'aurait-il pas le droit de les punir ?

Merlin analyse avec soin tout ce qui a été dit pour et contre sur la question de savoir si, en matière criminelle, les ministres publics peuvent être poursuivis et punis par l'autorité du pays où ils résident ; il conclut que les opinions ne sont rien moins que fixées sur cette question importante (3). Pour s'en convaincre, il suffit de consulter Réal ; il énumère quatre opinions, dont les trois premières aboutissent à nier l'immunité des ambassadeurs. Les uns disent que le droit des gens met simplement l'ambassadeur à couvert de toute violence, et veulent que ses priviléges soient expliqués par le droit commun. C'est anéantir le droit des gens, dit Réal, puisque c'est mettre le ministre sur la même ligne que le moindre particulier, Réal oublie que, si aujourd'hui tout étranger est à l'abri de la violence, il n'en a pas toujours été ainsi, et c'est précisément là l'origine du privilége des ambassadeurs : on ne pouvait toucher à leur personne réputée sacrée, tandis que les étrangers, en général, étaient sans droit. Cela ne prouverait-il pas que le privilége des ambassadeurs n'a plus de raison d'être depuis queledroit commun protége toute personne ? Si le droit commun leur garantit la sécurité la plus complète, que veulent-ils de plus ? Dans une seconde opinion, on distingue : affranchis de la

(1) Bynkershoek, *De foro legatorum*, XVI, 16.
(2) Vattel, *Droit des gens*, liv. IV, ch. 7, n° 93.
(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Ministre public*, sect. V, § IV, art. XI, quest. III, (t. XX, p. 303 de l'édition de Bruxelles).

juridiction ordinaire pour les crimes contre les personnes et les biens, les ambassadeurs y restent soumis pour les crimes d'Etat. Je reviendrai sur cette distinction. Réal a raison de dire que toute exception détruit l'immunité dans son fondement ; il en est ainsi de celle que la troisième opinion admet en soumettant les ambassadeurs à la juridiction territoriale pour les crimes qui attaquent directement la vie du prince ou qui troublent le repos public : est-ce que tout crime ne trouble pas la tranquillité publique ? La quatrième opinion admet l'immunité pour tous les crimes, quelle qu'en soit la gravité, sauf à l'Etat offensé à prendre les armes si le maître de l'ambassadeur ne lui fait pas une justice proportionnelle à l'offense. Ainsi, la justice devient une guerre ; et les Etats, en ce qui concerne les ambassadeurs, vivent entre eux dans le prétendu état de nature, qui est la guerre de tous contre tous ! Quel est le fondement de cette doctrine que l'on dit être celle des nations civilisées et qui nous ramène à la barbarie antique? Réal répond : « Dépositaires de la *foi des princes*, les vrais ambassadeurs n'ont d'autre objet que le *repos des Etats ;* ils sont les *liens sacrés* des souverains (1). » Nous allons voir à l'œuvre ces hommes qui sont le *lien sacré* des sociétés, nous verrons quelle est la *loi des princes*, et les faits nous diront s'il est vrai que leurs représentants n'ont d'autre objet que d'assurer le *repos des Etats*.

63. Merlin commence par constater que la plupart des publicistes se sont prononcés pour l'immunité des ambassadeurs en ce qui concerne les crimes ordinaires, ceux qui sont commis contre les personnes et les propriétés ; toutefois il y a des avis contraires. Puis il passe aux usages des différentes nations. « Ces usages, dit-il, se composent de faits singuliers, et l'on va voir qu'ils ne sont rien moins que d'accord. » Ce point est d'une grande importance : le privilége des ministres publics ne repose que sur des usages ; si les usages ne concordent pas, si, en fait, il y a toujours eu une protestation contre l'immu-

(1) Réal, *La Science du gouvernement*, t. V, p. 215 et 216. Comparez, Merlin, *Répertoire*, au mot *Ministre public*, sect. V, § IV, art. XI (t. XX, p. 298 et suiv. de l'édition de Bruxelles).

nité en matière criminelle, on ne peut pas dire que le droit des gens la consacre comme une règle universelle.

La première protestation émane d'un roi des Goths. Les ambassadeurs de Constantinople, accusés d'adultère, demandèrent leur renvoi devant l'empereur, leur maître. Théodat leur répondit : « Le caractère des ministres publics est, à la vérité, fort respectable, et on le respecte, en effet, dans tous les pays ; mais ils ne conservent leurs droits et leurs priviléges qu'autant qu'ils soutiennent la dignité de leurs fonctions par une conduite sage et réglée (1). » Les publicistes récuseront peut-être ce témoignage parce qu'il vient d'un roi barbare ; il y a, à mon avis, plus de bon sens et de droiture dans ces paroles d'un roi des Goths que dans les préjugés de ce que l'on appelle le droit des gens des nations civilisées : la civilisation sans la justice est une monstruosité.

Les exemples de condamnations prononcées contre des ambassadeurs ne manquent point. Un ambassadeur envoyé en Portugal, y ayant commis un adultère, fut puni de mort; c'est Bynkershoek qui l'atteste. Un ambassadeur de France fut condamné à Milan pour cause de meurtre ; un ambassadeur de Venise, pour cause d'adultère. « Mais d'un autre côté, dit Bynkershoek, les annales des derniers siècles nous fournissent *un si grand nombre* d'exemples d'ambassadeurs *coupables* des *plus grands crimes*, dont ils n'ont pourtant pas été punis par les puissances chez qui ils étaient en ambassade, que l'on est *embarrassé* à *choisir*. Souvent *on a fait semblant* de *n'être pas informé* de ces *crimes*. Souvent le ministre coupable a été renvoyé à son maître, afin qu'il le punît. Mais la *plupart du temps*, on a simplement *congédié* un tel ambassadeur. » Bynkershoek renvoie pour les détails à Wicquefort ; mais, dit Merlin, je dois observer que de tous les exemples que celui-ci cite, il n'en est pas un seul qui ait rapport aux délits communs, et que tous sont relatifs aux crimes attentatoires à la sûreté de l'Etat.

(1) Procope, *de Bello gothico*, liv. I, ch. 7.

Il y a une autre remarque à faire sur ces crimes innombrables de ministres appartenant tous aux hautes classes de la société, d'ordinaire à la noblesse. Entrez dans nos prisons et nos maisons de force, vous y trouverez en grande masse des hommes appartenant à la lie du peuple, sans instruction ni éducation. Comment se fait-il que des hommes bien élevés se soient rendus coupables de tant de crimes dans les siècles passés ? L'impunité dont ils jouissaient y est certes pour beaucoup : déclarer qu'une certaine catégorie de personnes sont affranchies de la juridiction criminelle, c'est lâcher la bride aux mauvaises passions. C'est ainsi que s'expliquent les crimes des *malfaiteurs oints*, et cela explique aussi comment des ambassadeurs ont osé commettre publiquement des crimes pour lesquels d'habitude on se cache. Voici un fait relaté dans le *Cérémonial diplomatique ;* le titre du livre fait un singulier contraste avec les actes criminels qui y sont relatés. Au commencement du dix-huitième siècle, un ambassadeur de Portugal a la cour de Vienne assassina, de dessein prémédité, le comte de Halleviel, chambellan de l'empereur. Aussitôt que la nouvelle en eut été répandue dans la ville, l'empereur fit investir l'hôtel par une garde; mais, pour conserver les égards dus à son caractère, il lui fit dire « que la garde n'avait pas été envoyée pour s'assurer de sa personne ; qu'il prétendait encore moins s'arroger quelque juridiction sur lui ; qu'on ferait rapport de cette affaire au roi son maître, et qu'on attendrait ce qu'il en ordonnerait; qu'en attendant l'empereur avait jugé à propos de placer une garde à l'hôtel pour empêcher qu'il n'arrivât quelque malheur, d'autant que la noblesse et le peuple témoignaient tant d'animosité de l'assassinat du comte de Halleviel qu'il y avait lieu de craindre qu'on ne s'en prît à sa personne (1) ». Quels égards et quelle délicatesse de procédés pour un assassin ! Qui était dans le vrai, le cri de la conscience publique qui demandait justice et au besoin vengeance, ou la diplomatie qui semble avoir perdu le sens de la morale et de la justice ?

(1) *Cérémonial diplomatique*, t. I, p. 484 et 485.

64. Les ambassadeurs jouissent-ils de l'immunité pour les crimes d'Etat ? Ceux-là mêmes qui admettent l'immunité pour les crimes ordinaires ont des scrupules quand il s'agit de crimes publics contre le prince ou contre le gouvernement. Ecoutons Barbeyrac, le commentateur de Bynkershoek ; c'est tout ensemble l'apologie et la flétrissure de l'immunité. « Qu'un ambassadeur débauche la femme d'un particulier, qu'il s'emporte jusqu'à tuer quelque sujet de l'Etat, ce sont des actions de malhonnête homme, qu'on a pu croire qu'il commettrait et dont néanmoins on a jugé à propos de ne pas prendre connaissance dans les formes ; il ne revient de là du tort qu'à quelques particuliers, un tort dont les mauvais effets sont compensés par l'utilité publique des ambassades. » Quelle morale et quelle justice ! « Mais, continue Barbeyrac, on ne peut étendre cette immunité (je dirais cette coupable indulgence) aux complots ou attentats contre l'Etat ou le souverain... On donne aux ambassadeurs de grands priviléges, ils peuvent *impunément* commettre bien des *tromperies* et des *crimes*, dont ordinairement *on ne se formalise guère*, que s'ils poussent les choses à un *grand excès*. Du moins doit-on supposer qu'ils se sont engagés à ne rien attenter contre l'Etat et le souverain ; faute de quoi, on pourra en user contre eux comme contre tout autre ennemi. »

Le relâchement moral, suite funeste du mépris de la justice, est déjà excessif. Eh bien, les scrupules qui restent à Barbeyrac sont condamnés par les écrivains les plus autorisés, Bynkershoek et Vattel, ainsi que par la masse des écrivains qui les copient. Les faux principes ont leurs conséquences irrésistibles ; si l'on pouvait punir les ambassadeurs pour les crimes qu'ils commettent contre l'Etat, ils seraient privés de la sécurité qui leur est nécessaire. « Il est certaines *pratiques* tolérées dans les ministres étrangers, quoiqu'elles ne soient pas *toujours* fort *honnêtes ;* il en est qu'on ne peut réprimer par des peines, mais seulement en ordonnant au ministre de se retirer. Comment marquer les limites de ces divers degrés de fautes ? » La conclusion est qu'en vue de la grande utilité,

pour mieux dire de la nécessité des ambassades, les Etats doivent renoncer au droit de punir un traître, un ennemi couvert, et se borner à chasser le ministre coupable, en demandant sa punition au souverain dont il dépend (1). Comment Vattel n'a-t-il pas vu que c'est une amère dérision de demander la punition d'un crime à celui qui est le complice du coupable, mieux que cela, l'auteur principal du crime?

C'est le côté moral, disons hardiment *immoral*, de l'immunité qui éclate dans le privilége de trahison qu'on leur reconnaît. Quelles sont ces *pratiques pas toujours fort honnêtes*, sur lesquelles Vattel ferme les yeux en rougissant? Réal a tout un paragraphe qu'il résume en ces termes : « L'ambassadeur a *droit* d'*attacher* aux *intérêts* de son maître les *sujets* du *prince* avec lequel il négocie, d'employer des *espions*, et d'entretenir telles correspondances qu'il juge à propos (2). » Admirez cette délicatesse de langage : *corrompre un fonctionnaire*, crime prévu par le code pénal, cela s'appelle, en diplomatie, *attacher un sujet aux intérêts du prince étranger*. Le code pénal est fait pour le vulgaire des mortels ; ce qui est un *crime* pour le commun des hommes est un *droit* pour les ambassadeurs. Je voudrais transcrire en entier cette leçon de morale à l'usage des diplomates ; mais cela m'écarterait trop des limites de ces Etudes. Je prie seulement le lecteur de remarquer que le paragraphe dont je parle se trouve sous la rubrique d'un chapitre intitulé : *Des fonctions de l'ambassadeur*. C'est, en effet, une de ses *fonctions* que « de chercher à pénétrer les secrets de l'Etat où il réside, et il ne peut y réussir qu'en *attachant à ses intérêts plusieurs sujets* de l'Etat et en employant des moyens propres à la fin qu'il se propose », c'est-à-dire de corrompre les secrétaires des ministres. « Comment remplira-t-il cet *objet important* de son *emploi* si on lui fait un *crime d'Etat* de ses *liaisons*, et si l'on peut se constituer son

(1) Vattel, *Droit des gens*, liv. IV, ch. 7, nº 98.
(2) Réal, *La Science du gouvernement*, t. V, *Droit des gens*, ch. 1er, des Ambassades, sect. XVI, des Fonctions de l'ambassadeur, § VIII, Droits de l'ambassadeur.

juge (1)? » Voilà le machiavélisme en plein; c'est aussi la morale des jésuites : la fin justifie les moyens. Au moins Machiavel avait un noble but, celui de rendre à l'Italie son indépendance et sa liberté; et les jésuites ont pour objet l'intérêt de l'Eglise, qui, à leurs yeux, se confond avec Dieu. Mais les diplomates? Ils veulent la grandeur du prince qu'ils représentent, dira-t-on. Telle était, en effet, l'ambition royale. Je recommande à ceux qui veulent savoir ce qu'était jadis la politique des rois, de lire les Mémoires de Louis XIV; il y parle avec une entière placidité de conscience, que dis-je? avec une satisfaction évidente, de ses conquêtes, et au point de vue moral toutes ses guerres étaient de vrais brigandages (2)! A chaque pas que je fais, je constate le même fait, et il est capital, c'est que l'immunité des ambassadeurs tient à un régime politique qui n'est plus le nôtre, et à un ordre d'idées que la conscience moderne réprouve.

65. Les auteurs rapportent les faits qui viennent à l'appui de leur doctrine de l'immunité en ce qui concerne les crimes d'Etat. J'avoue que ces conspirations qui se proposent tantôt le meurtre d'un prince, tantôt la destruction d'une république, m'inspirent un invincible dégoût : on dirait une bande de forbans ou de pirates, sauf que ceux-ci risquent leur vie, tandis que les malfaiteurs titrés complotent à leur aise; quand leurs complices sont pendus ou écartelés, eux se retranchent derrière leur privilége. Je ne connais pas de spectacle plus dégoûtant. Pour que le lecteur ne m'accuse pas d'une sévérité outrée, je citerai quelques traits, avec des détails qui font connaître la moralité des personnages.

I. Sous Henri IV, Taxis ambassadeur d'Espagne et après lui Balthazar de Zuniga son successeur corrompirent un commis de Villeroi, qui informait les Espagnols des résolutions du conseil du roi. L'intelligence fut découverte ; on punit de mort le secrétaire, sans faire la moindre plainte contre les ambassadeurs :

(1) Réal, *La Science du gouvernement*, t. V, p. 220.
(2) Voyez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. IX, La Politique royale.

ils étaient dans leur droit; c'est Réal qui le dit : « Jusque-là, leur procédé n'était que *désobligeant* pour la cour de France; car, absolument parlant, les ministres ont le *droit* de chercher à pénétrer les secrets des princes auprès desquels ils résident. » Ce même Réal commence par dire que l'immunité est nécessaire aux ministres, parce qu'ils procurent le *repos* des *Etats*, et qu'ils sont les organes de la *foi* des *princes!* Quelque temps après, Henri IV apprend que ces agents, *lien* des *nations*, travaillaient à porter ses sujets à la révolte. Un gentilhomme provençal, baron de Meirargues, gagné par les Espagnols, était l'âme du complot : il s'agissait de livrer Marseille à l'ennemi. Il eut l'imprudence de s'en ouvrir à un *forçat* de ses galères, qui dénonça la conspiration. Meirargues fut arrêté en même temps qu'un secrétaire flamand de Zuniga; celui-ci fut rendu à son maître, tandis que Meirargues, condamné comme traître, eut la tête tranchée, son corps fut écartelé, et les quatre parties exposées sur des pieux ; on envoya sa tête à Marseille, où elle fut mise au bout d'une pique, sur la principale porte de la ville. Justice barbare d'un côté, impunité scandaleuse pour les vrais coupables (1).

II. Voici des comtes et des ducs qui complotent la ruine de Venise; l'entreprise était tellement romanesque que l'abbé de Saint-Réal put à peu de frais en faire un roman politique. L'ambassadeur d'Espagne à Venise, le marquis de Bedmar, en conçut le projet; il avait pour complices, le duc de Lerme, premier ministre d'Espagne; le duc d'Ossone, vice-roi de Naples; le marquis de Villefranche, gouverneur du Milanais. Leur conspiration était un vrai brigandage. Le palais de l'ambassadeur ressemblait à un antre de brigands, c'était un amas d'armes, de poudre, de pétards, de feux d'artifice; les conjurés se proposaient de mettre le feu aux quatre coins de la ville, puis de faire main basse sur tous les habitants. Heureusement un des conjurés révéla le complot. Si jamais, dit Réal, il y eut lieu de prendre une résolution violente contre un ambas-

(1) Réal, *La Science du gouvernement*, t. V, p. 238-240.

sadeur, ce fut celle-ci. Le marquis de Bedmar était pris en flagrant délit. Quel parti prit la république? Elle fit exécuter les conjurés vénitiens, des ecclésiastiques et des nobles, partisans de la cour de Rome dans l'affaire de l'interdit; et elle fit évader l'ambassadeur, et le sauva des mains d'un peuple furieux, qui voulait se venger, sur l'auteur de la conspiration, de l'incendie et du meurtre qu'il avait tramés. Réal célèbre ce fait comme un exemple éclatant du respect de l'immunité diplomatique. Il aurait dû ajouter que la république, déjà en guerre avec l'archiduc d'Autriche (1615), n'était pas en mesure de lutter contre le roi d'Espagne. L'immunité, en tout cas, ne témoigne pas pour le droit des gens : un ambassadeur qui complote la ruine de l'Etat auprès duquel il est accrédité, par le feu et le sang, pouvait et devait être traité en ennemi public.

III. Un autre ambassadeur d'Espagne, le prince de Cellamare, tenta d'exciter une révolution en France, sous l'inspiration du fameux cardinal Alberoni. Voltaire donne sur cette conspiration des détails qui soulèvent le cœur ; il est bon de les relater, afin que le lecteur ait une idée de la fange dans laquelle de nobles personnages vivaient et complotaient. Le prince de Cellamare avait avec lui le jeune abbé de Porto-Carrero, qui faisait son apprentissage de politique et de plaisir. Une femme publique, nommée Fillon, auparavant fille de joie du plus bas étage, devenue une entremetteuse distinguée, fournissait des filles à ce jeune homme. Elle avait longtemps servi l'abbé Dubois, alors secrétaire d'Etat pour les affaires étrangères, depuis cardinal et premier ministre. Il employa la Fillon dans son nouveau département. Celle-ci fit agir une fille fort adroite, qui vola des papiers importants, avec quelques billets de banque, dans les poches de l'abbé de Porto-Carrero. Les lettres furent portées au duc d'Orléans. L'abbé ayant vu ses papiers disparaître partit sur-le-champ pour l'Espagne : on l'arrêta près de Poitiers. Le plan de la conspiration fut trouvé dans sa valise avec les lettres du prince de Cellamare. Il s'agissait de faire révolter une partie du royaume et d'exciter une guerre civile. Voltaire dit que l'ambassadeur, qui ne parlait que de mettre le feu

aux poudres et de faire jouer les mines, parle aussi de la *miséricorde divine* (1); et à qui en parlait-il? Au cardinal Alberoni, homme aussi pénétré de la *miséricorde divine* que le cardinal Dubois, son émule. La conjuration aboutit à une guerre entre la France et l'Espagne. Réal ne manque pas de célébrer le respect du duc d'Orléans, régent du royaume, pour le droit des gens. Il fit mettre auprès de l'ambassadeur un des gentilshommes ordinaires du roi, qui l'accompagna jusque sur la frontière d'Espagne; le prince de Cellamare fut traité avec considération, et le droit des gens fut respecté. « J'estime donc, dit Réal, que quelque crime qu'un ambassadeur ait commis, il n'est pas permis au prince auprès de qui il réside de le juger. » Le mot de droit au milieu de cette boue cléricale et diplomatique fait un singulier effet : le droit est l'expression de la justice divine, et ce que l'on appelle droit des gens, en cette matière, est la violation de la justice. Si le droit des gens légitime l'impunité des crimes, tels que ceux dont je viens de donner des exemples, il usurpe un saint nom, qu'il importe de mettre à l'abri de pareilles souillures. C'est parce que j'ai un profond respect pour le droit des gens véritable, que je combats à outrance l'usage, disons mieux, l'abus de l'immunité : le droit ne peut jamais servir à détruire le droit.

66. Mon opinion n'est pas aussi isolée qu'elle paraît l'être. Les auteurs mêmes qui professent l'immunité avouent que si un ambassadeur se conduit en ennemi public, on peut le traiter comme tel : n'était-ce pas le cas du marquis de Bedmar qui voulait mettre Venise à feu et à sang? Quand peut-on dire qu'un ambassadeur agit en ennemi? Sur ce point les auteurs ne s'accordent pas, et il leur est impossible d'établir une limite juridique entre ce qui est permis et ce qui est illicite, puisque ce qu'ils permettent est également illicite, une violation de la justice (2). Voici ce que dit un des écrivains qui donnent le moins à

(1) Voltaire, *Précis du siècle de Louis XV*, chap. I. — Réal, *La Science du gouvernement*, t. V, p. 240 et 241.

(2) Phillimore, *International law*, t. II, p. 179-181. Comparez Bynershoek, et la note de Barbeyrac, p. 300, de la traduction.

l'immunité. Burlamaqui distingue entre les crimes commis par ordre du souverain et ceux commis sans ordre par l'ambassadeur. Pour les premiers, c'est moins l'ambassadeur qui est coupable que le prince : telle était la conjnration du prince de Cellamare, qui ne faisait qu'exécuter les ordres du cardinal Alberoni ; on conçoit que dans ce cas l'ambassadeur s'efface, et que la querelle devient un de ces débats qui se vident sur les champs de bataille, quand aucune réparation n'est accordée. Quant aux crimes personnels des ambassadeurs, Burlamaqui admet qu'ils font perdre le privilége de l'ambassadeur s'ils sont atroces (1). Pourquoi faut-il qu'ils soient atroces? Et si un crime atroce fait perdre l'immunité, pourquoi pas un crime ordinaire? Ces distinctions prouvent que le terrain n'est pas très solide. La justice et l'immunité sont incompatibles : tout délit doit être réprimé, sinon il n'y a plus de justice. C'est ce que les auteurs ont fini par comprendre. Klüber nie que l'immunité soit de droit naturel, il ne l'admet que comme un fait (2). Or, un fait n'a aucune autorité dans notre science quand il est en opposition avec l'idée du juste que Dieu a gravée dans notre conscience.

N° 2. — DU DROIT D'ASILE.

67. Fœlix dit, dans son traité de Droit international privé : « L'ancien usage qui reconnaissait les hôtels des ministres étrangers comme asiles des malfaiteurs, n'est plus admis aujourd'hui (3). » Ainsi ce qu'on appelle droit des gens change et tombe en désuétude. C'est un fait considérable, surtout dans la matière de l'immunité. Sous quelle influence s'opèrent ces modifications dans le droit des gens? C'est la pensée qui régit le monde et qui le transforme. Il faut donc donner la première place dans notre science à l'idée, à la vérité éternelle, en tant qu'il est donné à l'imperfection humaine de la concevoir. Les faits n'ont aucune importance quand ils sont en opposition

(1) Burlamaqui, *Droit de la nature et des gens*, chap. XIII, §§ 8 et 9.
(2) Klüber, *Das Europäische Völkerrecht*, § 49, p. 58 et suiv. (2e édition, 1851).
(3) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 293, n° 576, de la 4e édition.

avec l'idéal ; on peut être sûr qu'ils disparaîtront. Fœlix, comme je l'ai dit dans la partie historique de ces Etudes, (1) a peu d'estime pour la théorie, on dirait qu'il en a peur ; il ne veut admettre que les faits qu'il considère comme des conventions tacites. Le voilà cependant obligé d'avouer que le fait du droit d'asile, auquel jadis les souverains attachaient une si grande importance, a fini par disparaître : ce qui était un règle du droit des gens au dix-septième siècle n'est plus une règle du droit des gens au dix-neuvième. Le fait a disparu devant une notion plus exacte de la justice. N'en sera-t-il pas de même de l'immunité des ambassadeurs en ce qui concerne la juridiction criminelle? La chose est évidente pour moi. Cette immunité a pour fondement l'exterritorialité; on suppose, par une fiction jadis universellement admise, que l'ambassadeur se trouve hors du pays où il réside, et dans celui qu'il représente. L'exterritorialité a pour conséquence logique le droit d'asile. Le criminel qui se réfugie dans l'hôtel d'un ambassadeur ne peut y être poursuivi par la justice territoriale, parce qu'il ne se trouve plus sur son territoire, il est sur un territoire étranger, et il n'y peut être arrêté; il y a seulement lieu à extradition, mais pour cela il faut le consentement du souverain sur le territoire duquel le coupable s'est réfugié. C'est par un motif analogue que l'Eglise justifiait son droit d'asile; elle est hors de l'Etat et au-dessus de l'Etat. L'hôtel de l'ambassadeur aussi est hors de l'Etat, et l'indépendance des nations ne permet pas que l'une fasse un acte quelconque de justice sur le territoire de l'autre. Le droit d'asile de l'Eglise et des ambassadeurs n'est plus que de l'histoire. Il en sera un jour de même de l'immunité à laquelle elle se lie, comme la conséquence dépend du principe.

68. Le droit d'asile ne céda pas devant la justice, sans résistance. Je ne parle pas de l'Eglise : tout ce qui touche à son ambition est un droit divin. Les rois aussi se sont crus les représentants de la Divinité; et la doctrine est restée longtemps imbue d'un respect superstitieux pour la

(3) Voyez le tome I[er] de ces Études, p. 595, n° 404.

royauté, puis pour la souveraineté. Nous trouvons, à chaque pas, dans la matière de l'immunité, des traces du vieux préjugé monarchique, alors même qu'il s'agit d'une immunité qui est en opposition avec nos sentiments et nos idées. Vattel jouit toujours d'une grande autorité en France, et il a des instincts philosophiques qui le placent au-dessus des écrivains qui ont fait du droit des gens un recueil d'usages et de faits où l'on chercherait vainement une pensée. Mais quand l'autorité souveraine est en cause, la puissance de la tradition l'emporte sur la raison. Vattel commence par établir comme règle générale que les ambassadeurs n'ont pas le droit de mettre à couvert des poursuites les malfaiteurs qui se réfugient dans leurs hôtels; puis il ajoute : « A la vérité, quand il s'agit de certains *délits communs*, de gens souvent plus malheureux que coupables, ou dont la *punition* n'est pas *fort importante* pour la *société*, l'hôtel d'un ambassadeur peut bien leur servir d'asile; et il vaut mieux *laisser échapper* des *coupables de cette espèce* que d'exposer le ministre à se voir souvent *troubler*, sous le prétexte de la recherche qu'on en pourrait faire, et que de compromettre l'Etat dans les inconvénients qui en pourraient naître. Et comme l'hôtel d'un ambassadeur est indépendant de la juridiction ordinaire, il n'appartient, en aucun cas, aux magistrats, juges de police ou autres subalternes, d'y entrer de leur autorité, ou d'y envoyer leurs gens, si ce n'est dans des occasions de nécessité pressante, où le *bien public* serait en danger et ne permettrait point de délai. Tout ce qui touche une matière si *élevée* et si *délicate*, tout ce qui intéresse les *droits* et la *gloire* d'une *puissance étrangère*, tout ce qui pourrait compromettre l'Etat avec cette puissance, doit être porté immédiatement au *souverain*, et réglé par *lui-même*, ou sous ses ordres par son *conseil d'Etat*. C'est donc au *souverain* de décider, dans l'occasion, jusqu'à quel point on doit respecter le *droit d'asile* qu'un ambassadeur s'attribue dans son hôtel (1). »

Ainsi il y a encore un droit d'asile. Vattel l'admet pour

(1) Vattel, *Droit des gens*, liv. IV, ch. 9, § 118.

quelques *délits communs* dont la *punition n'importe guère à la société*. Quoi! les lois établiraient des peines pour des faits dont la punition est indifférente! Décidément l'immunité corrompt le bon sens et vicie la conscience des auteurs qui ont plus de respect pour la majesté royale que pour la justice blessée. Tout délit doit être puni, et *laisser échapper des coupables,* pour ne pas *troubler* les ministres publics, est une dérision de la justice. Qu'on se rappelle ce que Bynkershoek dit des ambassadeurs qui passent ou tuent leur temps en festins et en fêtes : la justice ne doit pas les déranger dans ces graves occupations! Ce que Vattel ajoute du souverain qui seul, d'après lui, doit intervenir, est tout à fait dans la vieille tradition monarchique, et il ne vaut pas la peine d'y insister; je me bornerai à transcrire ce que Merlin en dit : « Cet expédient peut être bon dans un pays où les pouvoirs du gouvernement ne sont pas circonscrits par une limite constitutionnelle. Mais dans ceux où la loi seule prononce sur l'état des citoyens, il ne dépend pas du souverain d'établir de pareilles exceptions. En Angleterre, le roi ne peut rien à cet égard (1). »

69. Le droit d'asile ne trouve plus de défenseurs : ce prétendu droit, dit Merlin, n'est qu'un abus, un attentat contre l'autorité souveraine. Rien de plus vrai; mais n'en peut-on pas dire autant de l'immunité qui affranchit les ambassadeurs de la juridiction criminelle? N'est-ce pas un droit tout ensemble et un devoir de l'Etat de maintenir l'ordre public et de punir ceux qui le troublent? Il y a contradiction à rejeter l'asile comme un abus, en conservant l'abus de l'immunité. Pourquoi l'immunité des clercs est-elle abolie partout? Encore parce que c'est un abus qui entrave la justice, et la détruit au moins partiellement. Or la justice ne comporte pas de division, elle est entière ou elle n'est point.

Cependant jadis la franchise de l'hôtel des ministres publics était consacrée par le consentement général des

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Ministre public*, sect. V, § 5, p. 311 de l'édition de Bruxelles.

nations; donc il faisait partie du droit des gens aussi bien que l'immunité. Les diplomates rivalisaient avec les gens d'Eglise pour étendre leurs priviléges. Autrefois le caractère sacré des temples s'étendait à tout le terrain qui était à deux mille pas à la ronde des églises; les ambassadeurs s'attribuèrent le droit d'asile pour tous les quartiers qui environnaient leurs hôtels; cet abus était encore en pleine vigueur à Rome au dernier siècle. Les papes firent de grands efforts pour l'abolir ou le restreindre. Mais les ambassadeurs étrangers, et surtout les nôtres, dit Merlin, se sont constamment opposés à ces tentatives; ils ont même pris les armes pour maintenir ce qu'ils appellent la franchise de leurs quartiers. Voilà le prétendu droit des gens en guerre ouverte avec la justice; et les ambassadeurs qui, dit-on, ont besoin de leurs immunités pour travailler en toute sécurité et tranquillité au repos des Etats, se révoltent contre les arrêts de la justice et anéantissent l'ordre public autant que cela dépend d'eux. Ce coupable abus n'est plus que de l'histoire, mais il est bon de rappeler que ce que nous appelons aujourd'hui abus était jadis un droit que les ambassadeurs soutenaient, au besoin, les armes à la main (1).

70. Réal, dont l'ouvrage parut en 1764, pose encore comme règle du droit des gens que « la maison de l'ambassadeur est regardée comme un *sanctuaire*, qu'elle est *sacrée* et *inviolable* tout comme sa *personne* ». Il en conclut que le souverain du pays n'y peut exercer aucune juridiction (2). Le motif de cette franchise se tire de ce que l'hôtel de l'ambassadeur est censé hors du territoire du souverain auprès duquel l'ambassadeur réside. La franchise de l'hôtel n'était contestée par personne, mais la franchise de quartier donna lieu, à la fin du dix-septième siècle, à de vifs débats entre Louis XIV et le pape Innocent XI. Voltaire dit que ce privilége rendait la moitié de Rome un asile sûr à tous les crimes. Innocent obtint de tous les princes catholiques, l'empereur, le roi d'Espagne, celui

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Ministre public*, sect. V, § 5 (t. XX, p. 308 de l'édition de Bruxelles).
(2) Réal, *La Science du gouvernement*, t. V, p. 119, n° IX.

de Pologne, Jacques II, roi d'Angleterre, qu'ils renonçassent à ce droit odieux. Le nonce du pape proposa à Louis XIV de concourir, comme les autres rois, à la tranquillité et au bon ordre de Rome. L'orgueilleux roi répondit qu'il ne s'était jamais réglé sur l'exemple d'autrui, et que c'était à lui de servir d'exemple; cet exemple, dit Voltaire, était celui de protéger contre les lois les voleurs et les assassins. Louis XIV envoya à Rome le marquis de Lavardin, en ambassade, pour braver le pape. Lavardin entra dans Rome, malgré les défenses du pape, escorté de quatre cents gardes de la marine, de quatre cents officiers volontaires, et de deux cents hommes de livrée tous armés. Il prit possession de son palais, de ses quartiers, et de l'église de Saint-Louis, autour desquels il fit poster des sentinelles et faire la ronde comme dans une place de guerre. Tout ce qu'Innocent XI put faire, fut de se servir des armes usées de l'excommunication (c'est Voltaire qui parle); armes dont on ne fait pas même à Rome plus de cas qu'ailleurs, « mais qu'on ne laisse pas d'employer comme une ancienne formule, ainsi que les soldats du pape sont armés seulement pour la forme (1). »

Jusqu'ici il n'y a en lutte qu'un despote, incarnation de l'orgueil monarchique, et un pape qui avait pour lui la justice; mais la supériorité que les souverains pontifes affectaient sur les têtes couronnées leur donnait toujours envie de les humilier, et la faiblesse de leur Etat faisait qu'on l'outrageait toujours impunément. Les légistes vont entrer en scène, défenseurs de la royauté et ennemis-nés de l'Eglise.

Innocent, informé que Louis XIV envoyait un ambassadeur à Rome, malgré le désir qu'il avait manifesté de terminer d'abord la querelle des franchises, publia une bulle par laquelle il renouvela, avec la clause de l'excommunication, les constitutions de Jules III, de Pie IV, de Grégoire XIII, de Sixte V, abolissant toute franchise de quartier. Le marquis de Lavardin communia, malgré l'excommunication, en présence d'une foule innombrable de

(1) Voltaire, *Siècle de Louis XIV*, chap. XIV.

peuple. C'était son droit, comme les légistes vont nous l'apprendre. Achille de Harlai, procureur général du roi, interjeta appel comme d'abus contre la bulle du pape. L'appel était rédigé avec une hauteur de langage, digne du prince au nom duquel parlaient les gens du roi. Le procureur général n'avait pu s'imaginer que le pape pût concevoir le dessein de comprendre les ambassadeurs que le roi voudrait bien envoyer vers lui, dans des menaces générales d'excommunication qu'il avait jugé à propos d'y insérer. Le pape, dit de Harlai, aurait dû se rappeler le pouvoir souverain que les rois prédécesseurs de Louis XIV avaient exercé dans Rome, les libéralités qu'ils avaient faites au saint-siége, et il aurait dû rendre au roi, dans les personnes de ses ministres, des témoignages de reconnaissance proportionnés à ses services. Le procureur général rappelait encore la révocation de l'édit de Nantes, la protection accordée à l'Eglise; et il s'étonnait que le pape contestât au roi des *droits* qui n'avaient pas encore reçu d'atteinte. Ayant appris la *prétendue excommunication* de Lavardin, il ne pouvait demeurer plus longtemps dans le silence. Cette excommunication était tellement nulle, qu'il n'était besoin d'aucune procédure pour l'anéantir : ceux que l'on prétendait y comprendre n'en devaient pas recevoir l'absolution, quand même elle serait offerte chez eux. Aussi, ajoutait le procureur général, il attendait, avec tous les Français, de la seule puissance du roi, la *réparation* que méritait ce *procédé,* et la *conservation* de ces *franchises* qui ne *dépendent* que du seul *jugement de Dieu,* et qui ne peuvent recevoir de diminution que celle que la *modération* et la *justice* du *roi* pourraient leur donner. Néanmoins comme aucune chose n'altérait davantage, dans l'esprit des personnes faibles ou des *libertins* (les incrédules), la vénération que l'on doit avoir pour la puissance de l'Eglise, que le *mauvais usage* que ses ministres en peuvent faire, le procureur général se déclarait appelant de l'*usage abusif* que l'on en avait fait dans la bulle d'Innocent XI, non pas au pape mieux informé, mais au premier concile général qui se tiendrait, comme au tribunal véritablement souverain et infaillible

de l'Eglise, auquel son chef visible est soumis ainsi que ses autres membres.

Le jour suivant, la Grand-Chambre et la Tournelle étant assemblées, les *gens du roi* requirent d'être reçus appelants. Denis Talon, qui portait la parole, dit que l'on ne pouvait concevoir qu'Innocent XI eût passé jusqu'à cette extrémité de révoquer absolument les franchises des quartiers et d'ajouter à sa bulle de *vaines menaces d'excommunication* qui n'étaient pas capables de donner la *moindre terreur* aux âmes les plus timides, et aux *consciences les plus délicates*. C'est une *maxime certaine*, dit l'avocat général, qui n'a besoin ni de preuve ni de confirmation, que nos *rois* et leurs *officiers* ne peuvent être sujets à *aucune censure* pour tout ce qui regarde l'*exercice de leur charge*; c'est un *abus intolérable* que, dans une matière purement profane, le pape se soit servi des armes spirituelles, qui ne doivent être employées que pour ce qui concerne le salut des âmes. La bulle de Jules III, les décrets de Pie IV, de Grégoire XIII et de Sixte V étaient autant de règlements de police faits à l'occasion des franchises par les papes, en qualité de princes temporels, ce qui n'avait pas empêché que les ambassadeurs de France continuassent d'en jouir. Talon en conclut qu'Innocent XI devait regarder le dessein d'en priver le marquis de Lavardin comme un projet aussi *impossible* qu'il était *irrégulier*; que le roi ne souffrirait jamais que l'on fît cette injure à son ambassadeur, et qu'il n'était point de résolution rigoureuse qu'on ne prît pour empêcher que, pendant son règne glorieux, la France ne souffrît cette *flétrissure*. La *licence* que se donnaient les papes d'employer la puissance des clefs pour détruire devait être réprimée par l'autorité d'un concile. C'est la raison, dit l'avocat général, qui obligeait les gens du roi à y avoir recours, quoique d'ailleurs les droits du monarque ne pussent jamais être la matière d'une controverse sujette au tribunal et à la juridiction ecclésiastiques. Il requit que les gens du roi fussent reçus appelants de la bulle d'Innocent, et que le roi fût très humblement supplié d'employer son autorité pour conserver les *franchises* et *immunités* du *quartier* de

ses ambassadeurs à Rome, dans *toute l'étendue* qu'elles avaient eue jusque-là. » Le parlement rendit un arrêt conforme à ces conclusions; on l'afficha non seulement à la porte de l'hôtel du nonce à Paris, mais encore par toute la ville de Rome (1).

71. Que d'enseignements dans ce démêlé entre le roi très chrétien et le pape! Deux siècles se sont écoulés depuis la bulle d'Innocent et le réquisitoire des gens du roi. On ne sait plus à Rome ni nulle part ce que c'est que la franchise des quartiers et l'immunité de l'hôtel des ambassadeurs. Que dis-je? Il n'y a plus de Rome pontificale, la ville est éternelle, mais elle n'est plus le séjour du peuple roi, ni du souverain pontife roi des rois. La nation souveraine a repris sa souveraineté usurpée par des prêtres. On entend encore par-ci par-là de vaines excommunications, mais ces foudres ne sont pas plus efficaces que celles de Jupiter. Le parlement qui bravait le saint-siége n'existe plus. Il y a encore des appels comme d'abus contre les évêques de France, mais ceux-ci ne sont pas plus sensibles aux foudres temporelles, que les fidèles ne se soucient des censures spirituelles. Une profonde indifférence règne dans le monde catholique. Le clergé seul, fanatisé et idiotisé par une éducation destinée à former des crétins et des ténébrions, tente un suprême effort pour ressaisir un empire qui lui a échappé : la puissance qui se fonde sur l'ignorance et sur la bêtise humaine porte en elle-même le principe de sa ruine. L'humanité se transforme. Chateaubriand dit que les rois s'en vont. Il est certain que la monarchie de Louis XIV s'en est allée : c'est le président d'une république qui trône à Versailles et à Paris. Personne ne croit plus au droit divin des rois, il n'y a que les niais qui croient encore au droit divin de l'Eglise. Est-ce que les immunités des ambassadeurs et de leurs maîtres survivraient seules au cataclysme du vieux monde? La question n'est pas sérieuse. Les maîtres ne sont plus ce qu'ils étaient; ils ne sont plus les représentants de Dieu, ils ne sont que les chefs du pouvoir exécutif, soumis aux

(1) Réal, *La Science du gouvernement*, t. V, p. 120 et suiv.

lois et aux tribunaux, comme tout citoyen. Dans ce nouvel ordre d'idées, il ne peut plus être question d'une immunité quelconque appartenant à des souverains qui n'existent plus : comment les représentants auraient-ils un pouvoir que n'ont point les représentés? Le prestige de la vieille royauté, son caractère sacré expliquaient les priviléges dont jouissaient les princes, et ceux qui parlaient et agissaient au nom du roi leur maître. Aujourd'hui la majesté des rois n'est plus qu'un mot, et l'on ne parle plus du caractère sacré des ambassadeurs; personne ne songe à les troubler dans l'exercice paisible de leurs fonctions; ils sont inviolables, comme tout homme, et cette inviolabilité, qui est réellement un droit divin, est plus puissante que le privilége que leur reconnaissait le prétendu droit des gens. Il n'y a point de droit contre la justice. Les ambassadeurs n'ont plus besoin d'être affranchis de la juridiction criminelle; ils ne croient plus leur dignité compromise si un officier de justice pénétrait dans leur hôtel pour y saisir un meurtrier ou un voleur. Ils deviendront un jour le lien des peuples, quand les peuples seront unis par la communauté de droit : cette mission-là est plus grande que celle de corrompre des secrétaires pour espionner les princes auprès desquels ils sont accrédités. Ainsi le progrès s'accomplit, dans l'ordre moral comme dans l'ordre politique, sous la main de Dieu.

N° 3. — IMMUNITÉS.

72. Les ambassadeurs jouissaient jadis d'autres immunités. Ces priviléges datent d'une époque où tout était privilége, ils n'ont plus de raison d'être dans un état social qui ne connaît plus de privilége. Le privilége est-il l'expression d'un droit, il doit appartenir à tous; est-ce une préférence accordée à certaines personnes, il doit disparaître. A ce point de vue, les immunités, bien qu'elles ne soient plus que de l'histoire, ont une grande importance : on les considérait jadis comme appartenant au caractère de l'ambassadeur, ou comme dues à la majesté des princes; aujourd'hui l'immunité est devenue un droit, ou elle a cessé d'appartenir comme une distinction aux ambassa-

deurs, pour devenir le droit commun de tous. Il en sera de même de tous les débris qui restent du vieux droit des gens concernant les ambassadeurs : ce prétendu droit est une violation du droit, il doit disparaître.

Je commence par une immunité qui paraîtra étrange au lecteur : les ambassadeurs jouissaient de la liberté de conscience et de culte dans les pays où cette liberté n'était point reconnue, et pendant des siècles l'intolérance régnait partout, dans les États protestants comme dans les États catholiques. Vattel, qui reconnaît cette immunité aux ambassadeurs, le fait dans des termes bien réservés, bien timides. « Ce n'est pas, dit-il, un droit nécessairement attaché au caractère de ministre public, mais la coutume permet presque partout au ministre le libre exercice de sa religion. Il est, à la vérité, convenable que le ministre puisse exercer librement sa religion dans son hôtel, pour lui et les gens de sa suite; mais on ne peut dire que ce droit soit, comme l'indépendance et l'inviolabilité, absolument nécessaire au juste succès de sa commission. » On voit quelle est l'étroitesse de ce vieux droit des gens, qui réclame pour les ambassadeurs le droit, si droit il y a, de voler, d'assassiner, d'adultérer à leur aise, mais qui ne tient pas à ce qu'ils puissent pratiquer leur religion; en effet, la religion est étrangère à une mission qui consistait à tromper, à espionner et à corrompre! « Si, continue Vattel, le souverain du pays où l'ambassadeur réside, fondé sur de *bonnes raisons*, ne voulait pas lui permettre d'exercer sa religion d'une manière qui *transpirât dans le public*, on ne saurait condamner ce souverain, bien moins l'accuser de blesser le droit des gens. » Ainsi le droit des gens ne garantit pas à l'ambassadeur une liberté qu'il tient de Dieu comme tout homme; et il lui garantit l'immunité de la juridiction criminelle! Le souverain blesserait le droit des gens s'il traduisait un assassin devant ses juges, mais il n'y aurait aucun reproche à lui faire s'il défendait au ministre d'avoir une chapelle dans son hôtel, car cette abomination pourrait *transpirer dans le public*, et dans ce public il pourrait se trouver des gens que la liberté si restreinte du culte scandaliserait profondément,

et il pourrait s'en trouver d'autres qui réclameraient cette liberté, quelque restreinte qu'elle fût. Heureusement que la raison humaine est progressive, et elle l'emporte sur un droit des gens, qui ne mérite pas le nom de droit puisqu'il méconnaît les droits les plus essentiels de l'homme. Vattel ajoute : « Aujourd'hui le libre exercice du culte n'est refusé aux ambassadeurs dans aucun pays civilisé : un *privilége* fondé en raison ne peut être refusé *quand il n'entraîne pas d'inconvénient* (1). » Disons mieux : la liberté religieuse est plus qu'un privilége, c'est un de ces droits qui sont attachés à la nature de l'homme, et qu'aucune puissance humaine ne peut lui enlever.

Martens reproduit encore les restrictions de Vattel au dix-neuvième siècle. Il commence par examiner si la liberté du culte est un droit naturel pour l'ambassadeur, et il décide la question négativement. Le ministre peut se contenter de la dévotion domestique, et il n'a pas besoin d'une chapelle pour remplir sa mission. Donc le libre exercice du culte appartient au droit des gens positif. Ne pourrait-on pas dire que l'hôtel du ministre étant considéré comme situé dans le pays de l'ambassadeur, il doit y jouir de la liberté religieuse, s'il en jouit dans son pays? Martens répond que le droit des gens n'étend pas l'exterritorialité au delà des nécessités de la mission de l'ambassadeur. La réponse est compromettante pour toutes les immunités, et notamment pour celle qui est si chère aux auteurs, l'exemption de la juridiction criminelle. Cependant l'argumentation de Martens est très juridique : l'exterritorialité est une fiction, et il est de l'essence des fictions d'être restreintes au but dans lequel elles ont été établies. Reste à savoir si la fiction est compatible avec la justice, et si réellement elle est nécessaire. Quand la lumière de la raison pénètre dans les priviléges, ils s'évanouissent ; il n'y a point de privilége, ni de nécessité qui l'emporte sur la justice.

Le droit des gens positif accorde à tous les ministres le droit d'exercer dans leur hôtel une dévotion domestique ;

(1) Vattel, *Droit des gens*, livre IV, chap. VII, § 104.

mais cela suppose que, dans le lieu de leur résidence, il n'y a point d'exercice public ou privé de leur religion. Joseph II, dit notre publiciste, ayant accordé aux protestants l'exercice privé de leur religion à Vienne, insista pour que le culte dans les chapelles des ambassadeurs cessât. C'est l'intolérance mesquine et hargneuse au milieu d'une prétendue tolérance. Martens signale encore une autre restriction que le droit des gens positif apporte à l'exercice de la dévotion domestique qu'il permet à l'ambassadeur. D'abord l'ambassadeur seul, sa famille et sa suite jouissent de ce droit; des étrangers, fussent-ils de la nation de l'ambassadeur, ne peuvent participer à ce culte privé; bien moins encore les naturels du pays. Ensuite le culte doit être strictement domestique. L'ambassadeur ne peut pas donner à sa chapelle les dehors d'une église, ni se servir d'un orgue, ou de cloches, ni faire des processions; il doit même, dans la règle, employer pour la liturgie la langue de son pays (1). Quand on a le bonheur de vivre dans un pays où règne la liberté des cultes, ces misérables entraves que l'on met à un droit naturel soulèvent l'âme de dégoût. Si au moins on ne donnait pas à ce fatras d'usages le nom de *droit des gens!*

73. Les ministres publics sont-ils soumis au payement des impôts? Merlin répond qu'il y a plusieurs distinctions à faire. Ou il s'agit d'impositions personnelles, c'est-à-dire, dues par les personnes, ou il s'agit d'impositions réelles, établies sur les choses. L'ambassadeur est essentiellement exempt des premières, parce qu'elles ne pèsent que sur les *sujets* de l'Etat, et que, par conséquent, elles sont incompatibles avec son indépendance. De là l'arrêt du conseil du 17 décembre 1722, qui exemptait en France de la capitation les ministres des princes étrangers, avec leurs officiers et domestiques. A l'égard des impositions réelles, il faut sous-distinguer. Quant à celles qui sont établies sur les immeubles, les ministres publics en sont tenus, parce que leurs biens-fonds dépendent,

(1) Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, fondé sur les traités et l'usage, §§ 223-225 (t. II, p. 102-106 de l'édition de Pinheiro-Ferrera).

comme ceux des particuliers, de l'autorité du prince dans l'Etat duquel ils sont situés. Quant aux impôts de consommation, les usages varient. En France, le ministre public est soumis, comme les citoyens ordinaires, aux droits royaux ou municipaux qui sont établis sur les consommations; ces objets ne sont censés entrer dans la circulation du commerce que frappés de la taxe qui y a été mise. On suivait une autre règle en Hollande : Vattel assure que les ambassadeurs y étaient exempts des droits qui se levaient sur la consommation, sans doute parce que ces droits ont un rapport plus direct à la personne. Il n'y a pas moins de variation quant aux droits d'entrée et de sortie. Merlin demande d'où viennent ces variations. Il répond que le droit des gens laisse, à cet égard, chaque souverain maître de régler les choses comme il lui plaît. Il n'y a nulle nécessité qu'un ministre public soit distingué des citoyens ordinaires pour les consommations et les droits d'entrée et de sortie; en payant ces droits, il n'en sera pas moins en état de remplir ses fonctions; et d'ailleurs comme ils sont imposés sur les choses, il n'en résulte aucune atteinte pour son indépendance personnelle. Si quelques souverains veulent bien l'en exempter, c'est une civilité à laquelle le ministre ne pouvait prétendre de droit, et leur exemple n'est pas une loi pour les autres Etats (1).

De même que chaque nation a ses usages, chaque auteur a son système. Tous s'accordent à dire que les priviléges, en matière d'impôt, ne sont pas essentiels au caractère de l'ambassadeur, et de fait l'immunité a cessé, si l'on en croit Fœlix (2). Cela me dispense d'entrer dans les détails d'une matière qui a peu d'attrait pour moi. Il n'y a qu'un point sur lequel j'ai une réserve à faire. Vattel, et à sa suite, tous les publicistes disent que l'indépendance de l'ambassadeur l'exempte de toute imposition personnelle, capitation et autre redevance de cette nature; et en général, il est à couvert de tout impôt rela-

(1) Merlin. *Répertoire*, au mot *Ministre public*, sect. V, § V, n° II (t. XX, p. 305 de l'édition de Bruxelles).

(2) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 418, n° 211 de la 4ᵉ édition.

tif à la qualité de sujet de l'Etat (1). Cette immunité n'a pas plus de raison d'être que les autres. Il n'est pas exact de dire que les impôts personnels frappent l'indigène ; ils pèsent sur tous ceux qui résident dans le pays, nationaux ou étrangers. Tous jouissent de la protection de l'Etat, donc ils doivent aussi supporter les contributions sans lesquelles l'Etat ne saurait remplir sa mission. Ce motif a une grande portée : est-ce que l'ambassadeur ne profite pas de la justice qui protége sa personne et ses biens? Et il prétend être au-dessus des lois, affranchi de la juridiction des tribunaux auxquels il demande protection! Cela est contradictoire et irrationnel. Tout est contradiction en cette matière. On prétend, comme je vais le dire, que les ministres publics sont affranchis de la juridiction civile aussi bien que de la juridiction criminelle. Leurs créanciers ne peuvent obtenir un jugement contre eux, et il ne leur serait pas permis de l'exécuter. Et cependant ils sont tenus des impôts ; et s'ils ne les payent pas, n'y aura-t-il pas exécution, saisie? Que si l'Etat qui accorde l'immunité à l'ambassadeur peut le poursuivre en justice, pourquoi les particuliers n'auraient-ils pas le même droit? Et si l'on refuse l'exécution à l'Etat, à quoi lui servira d'avoir une action contre le ministre qui ne paye pas?

N° 1. DE L'IMMUNITÉ DE LA JURIDICTION CIVILE.

74. L'immunité des ambassadeurs s'étend-elle à la juridiction civile? Cette question a plus d'importance, au point de vue pratique, que celle de l'immunité criminelle. Celle-ci, grâce au progrès de la moralité, est de pure théorie, tandis que les ministres publics peuvent se trouver engagés dans des procès civils, sans qu'il y ait aucun reproche à adresser à leur caractère. D'un autre côté, la difficulté est plus grande. L'immunité criminelle est invoquée pour garantir l'indépendance de l'ambassadeur menacé dans sa liberté ; tandis que les procès civils, si l'on excepte la contrainte par corps, aujourd'hui abolie, ne concernent que

(1) Vattel, *Droit des gens*, liv. IV, chap. VII, § 105.

les biens, et les poursuites sur les biens ne compromettent point l'indépendance du ministre. Je commence par citer les témoignages des maîtres de la science; ils sont tous favorables à l'immunité civile.

Ecoutons d'abord Grotius. « Je suis pleinement persuadé, dit-il, que les peuples ont trouvé bon de faire, en la personne des ambassadeurs, une exception à la coutume, reçue partout, de regarder comme soumis aux lois du pays tous les étrangers qui se trouvent dans les terres qui dépendent de l'Etat; de sorte que, selon le droit des gens, comme un ambassadeur représente, par une espèce de fiction, la personne même de son maître, il est aussi regardé, par une fiction semblable, comme étant hors des termes de la puissance auprès de qui il exerce ses fonctions : et de là vient qu'il n'est point tenu d'observer les *lois civiles* du pays où il demeure en ambassade. » Les lois civiles comprennent les engagements d'intérêt privé; c'est ce que Grotius dit plus loin : « L'ambassadeur, pour jouir d'une pleine sûreté, doit être à l'abri de toute contrainte, et par rapport à sa personne, et par rapport aux choses qui lui sont nécessaires. Si donc il a contracté des dettes, il faut lui dire honnêtement de payer; et s'il refuse, on doit alors s'adresser à son maître (1). »

Bynkershoek commence par citer les paroles de Grotius, puis il ajoute: « Posons donc pour principe, en suivant la maxime de la *raison,* qu'en matière d'affaires civiles, si l'on a quelque chose à demander à un ambassadeur, on doit agir comme s'il n'était point dans le lieu où il exerce son ambassade, comme s'il n'y avait point contracté, comme s'il n'y avait aucun bien en qualité d'ambassadeur, puisqu'un ministre public n'est point censé sujet (2). »

Vattel dit que l'usage universel des nations attribue au ministre une entière indépendance de la juridiction et de l'autorité de l'Etat où il réside. « Quelques auteurs prétendent que cette indépendance est de pure institution

(1) Grotius, *De jure belli et pacis*, t. II, c. VIII, § IV, n° 8, et c. XIX, § IX (traduction de Barbeyrac).
(2) Bynkershoek, *De foro legatorum*, chap. VIII, § 2.

entre les nations, et veulent qu'on la rapporte au droit des gens arbitraire qui vient des mœurs, des coutumes ou des conventions particulières. » Vattel soutient qu'elle est du droit des gens naturel. Nous connaissons sa doctrine; je l'ai rapportée plus haut. Le même droit des gens qui oblige les nations à admettre les ministres étrangers, les oblige aussi manifestement à recevoir ces ministres avec tous les droits qui leur sont nécessaires, avec tous les privilèges qui assurent l'exercice de leurs fonctions... Il faut donc, pour assurer le succès de leur ministère, qu'ils soient indépendants de l'autorité souveraine et de la juridiction du pays, tant pour le civil que pour le criminel (1). »

Une autorité plus grande s'est prononcée en faveur de l'immunité absolue des ambassadeurs; on a souvent cité ces paroles magnifiques de Montesquieu : « Les ambassadeurs sont la parole du prince qui les envoie, et cette parole doit être libre... On pourrait leur imputer des crimes, s'ils pouvaient être punis pour des crimes; on pourrait leur supposer des dettes, s'ils pouvaient être arrêtés pour dettes. »

75. Avant d'apprécier cette doctrine, je dois constater la portée et l'étendue de l'immunité civile que l'on reconnaît aux ambassadeurs. Ici encore nous rencontrerons des traditions surannées, des privilèges qui sont devenus le droit commun et que l'on accordait aux ambassadeurs, parce que l'empire du droit n'était pas assuré. J'ai cité le décret de la Convention nationale qui interdit à toute autorité constituée d'*attenter* en aucune manière à la personne des ambassadeurs. On a invoqué ce décret pour les déclarer exempts de la contrainte par corps. Un arrêt de la cour de Paris décide que les ministres publics ne peuvent être traduits devant un tribunal français pour violation de dépôt, fait qui aurait entraîné la contrainte par corps; l'arrêt se borne à dire : « Attendu le caractère diplomatique d'*A*., déclare le jugement nul et incompétemment rendu. » Dans l'espèce, le ministre public avait vendu

(1) Vattel, *Droit des gens*, liv. IV, ch. VII, n° 92.

comme lui appartenant trente châles de cachemire qu'il avait en dépôt. Appelé en cause comme garant, il soutint qu'il n'était point justiciable des tribunaux français; que la poursuite portait atteinte à son inviolabilité, puisque la condamnation intervenue pouvait amener son arrestation. Les propriétaires, dépouillés par la violation du dépôt, soutinrent vainement que le ministre étranger n'avait point agi en cette qualité quand il vendait des effets précieux dont il était dépositaire; ils crièrent en vain au scandale : le caractère diplomatique l'emporta (1). On voit à quoi aboutit l'immunité civile, en fait : à tromper impunément les tiers avec lesquels les ambassadeurs sont en rapport. La contrainte par corps est abolie; la liberté de la personne, qui jadis était un privilége, est devenue le droit commun. Toutefois, en Belgique, l'emprisonnement est maintenu pour les délits civils. La question pourrait donc encore se présenter. A mon avis, elle n'est pas tranchée par le décret de l'an II, lequel n'a pas même été invoqué devant la cour de Paris ; elle doit être décidée par le droit des gens. Reste à savoir si le droit des gens est aujourd'hui ce qu'il était jadis.

On regarde encore comme un privilége diplomatique le secret de la correspondance des ministres publics : « En temps de paix, dit le comte de Garden, l'ouverture des lettres serait une violation du droit des gens (2). » L'honnête diplomate ajoute : « La plus odieuse et la plus honteuse contravention à la foi publique, c'est qu'un gouvernement souffre lui-même (3) un tel abus dans les bureaux de poste qui ont reçu les lettres avec la taxe sous le sceau du secret. » Ce crime honteux n'est plus pratiqué en Belgique, et pour qu'il devînt à jamais impossible, la Constitution a déclaré le secret des lettres inviolable; une loi même ne pourrait le permettre, pas plus en temps de guerre qu'en temps de paix (art. 22). Le principe inscrit dans notre Constitution deviendra un jour le droit com-

(1) Paris, 5 avril 1813 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Agent diplomatique*, n° 116).
(2) De Garden, *Traité de la diplomatie*, t. II, p. 86.
(3) Ce n'est pas assez dire, le gouvernement *pratiquait* cet abus.

mum de tous les peuples. Le privilége que l'on reconnaît encore aux ambassadeurs, pour le secret des lettres, ne prouve qu'une chose, c'est que notre prétendue civilisation ne brille point par le sens moral.

Voici une autre immunité qui tient à l'exercice de la justice. Carnot enseigne (1), et c'est l'opinion générale, qu'aucun magistrat, aucun tribunal ne peut donner à un ministre public l'ordre de déposer en justice. Voici comment on s'y prend pour obtenir cette déposition si elle est nécessaire. Le procureur général s'adresse au ministre de la justice, qui en réfère au ministre des affaires étrangères; celui-ci demande, par voie diplomatique, au gouvernement étranger d'autoriser son ministre à déposer devant le tribunal français. Pour le coup, le fétichisme monarchique devient ridicule. L'indépendance des agents diplomatiques, leur caractère, l'honneur qui est dû aux princes qu'ils représentent empêchent-ils qu'ils viennent dans le sanctuaire de la justice dire ce qu'ils savent pour l'éclairer? La justice n'est-elle pas un devoir universel qui ne connaît point, qui ne devrait point connaître les frontières? Et les ambassadeurs n'ont-ils pas précisément pour mission d'être les organes de cette communauté de droit qui de toutes les nations ne fait qu'une famille? Quand les ministres publics auront conscience de la grandeur de leur mission, ils ne réclameront plus des priviléges que je trouve puérils et qui peuvent devenir odieux. Un légiste américain a écrit un code de droit international; il n'a pas manqué d'y inscrire la règle de l'immunité diplomatique; cependant l'auteur cite un fait qui aurait dû lui ouvrir les yeux sur ce privilége. Le ministre des Pays-Bas à Washington refusa de témoigner devant le tribunal qui avait besoin de son témoignage. Sur la réclamation adressée au gouvernement des Etats-Unis, le président reconnut que le ministre était dans son droit; il s'adressa au gouvernement des Pays-Bas, afin qu'il autorisât son envoyé à déposer. Nouveau refus, égale-

(1) Carnot. *Commentaire du code d'instruction criminelle*, sur l'article 514, n° 5.

ment fondé sur l'indépendance et la souveraineté des Etats (1). Je ne connais point les faits de la cause, mais quels qu'ils soient, je proteste, au nom du droit éternel, contre une immunité qui entrave et peut rendre impossible l'exercice de la justice. La souveraineté implique une obligation, et le premier de tous les devoirs qui lui incombent, c'est de procurer la justice, et de la faciliter à l'étranger, comme elle est tenue de la rendre dans son territoire. Au nom de la justice éternelle, je proteste contre un prétendu droit des gens qui la viole.

76. Vattel fonde les priviléges des ambassadeurs sur l'exterritorialité. De là les auteurs concluent qu'aucune action ne peut être formée contre eux devant les tribunaux du pays de leur résidence. Fœlix énonce ce principe en termes absolus, comme s'il s'agissait d'un axiome (2). Phillimore est tout aussi affirmatif. « Les ministres publics, dit-il, sont affranchis de la juridiction civile par le consentement universel et la coutume de toutes les nations civilisées ; le droit des gens a voulu par là garantir la *sainteté* de l'ambassadeur (3). » *L'exterritorialité* et la *sainteté* des ministres publics, telles seraient donc les bases de l'immunité civile. J'ai examiné plus haut la fiction de l'exterritorialité : et j'ai prouvé qu'elle est loin d'être consacrée comme une règle universelle du droit des gens ; les écrivains modernes la rejettent au contraire (n° 13) ; et quand même on l'admettrait, elle ne décide pas la question de l'immunité. En supposant que l'ambassadeur soit censé être dans son pays, alors que ses fonctions le retiennent dans le pays où il réside de fait, cela ne préjugerait point l'incompétence du juge territorial : la question de savoir si un étranger résidant à l'étranger peut être traduit devant les tribunaux d'un pays où il ne réside point, est une question de compétence, dont la solution dépend des lois du pays où les juges rendent la

(1) Field, *Outlines of an international code*, p. 52, n° 139 de la 2e édition (New-York, 1876). Wheaton, *Elements of international law*, § 225, note, p. 301 (8e édition, London, 1866).
(2) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 416, n° 311 de la 4e édition.
(3) Phillimore, *International law*, t II, p. 190, n° 176.

justice; elle est décidée contre les étrangers par le code Napoléon (art. 14); d'après cette disposition, l'étranger, quoique résidant à l'étranger, peut être actionné devant les tribunaux français; donc l'exterritorialité à elle seule n'exempte pas les ministres publics de la juridiction civile; il faut une loi qui les exempte du droit commun. Est-il vrai que l'exemption soit universellement reconnue sur le fondement de la *sainteté* des ambassadeurs? C'est un terme emprunté à l'inviolabilité des ambassadeurs; le terme et l'idée qu'il exprime nous transportent dans un âge de barbarie, où l'étranger était sans droit, où sa personne et ses biens étaient à la merci de la violence : il fallait une exception à cette barbarie pour que les relations entre les peuples par la voie des ambassadeurs devînt possible ; et il faut ajouter que les ambassadeurs étaient la seule voie par laquelle les peuples pussent communiquer, à une époque où il n'existait aucune communication entre les hommes, ni messageries, ni bateaux, ni postes. On déclara les ambassadeurs *saints, inviolables,* afin de garantir leur vie et leur liberté. C'est un étrange anachronisme que d'invoquer, au milieu du dix-neuvième siècle, la sainteté des ambassadeurs pour justifier l'immunité de la justice. Tout homme aujourd'hui est sacré, la liberté des ministres est mieux garantie par le droit commun qu'elle ne l'était jadis par la sainteté de leur caractère. Et ce sont précisément les tribunaux qui garantissent les droits de l'homme. Par quelle singulière contradiction veut-on que les ambassadeurs soient exempts de la juridiction à raison de leur sainteté, alors que c'est grâce à l'action régulière des tribunaux qu'ils doivent l'inviolabilité dont ils jouissent?

La contradiction est plus grande encore pour l'immunité civile que pour l'immunité criminelle : la contrainte par corps est abolie, sauf pour délits civils, et les ministres publics auraient-ils été déclarés inviolables pour leur permettre de tromper impunément leurs créanciers? Même avant les lois qui abolissent la contrainte par corps, cette voie de contrainte n'existait pas en matière civile, sauf dans des cas très rares, exceptions motivées

presque toujours par la mauvaise foi des débiteurs; faut-il demander de nouveau si l'inviolabilité a été établie pour couvrir la mauvaise foi? Que si par *sainteté* des ambassadeurs on entend la sécurité dont ils doivent jouir, il faut dire qu'elle n'a plus de raison d'être; tout homme peut vaquer librement à ses affaires, sans avoir à craindre qu'on ne lui suppose des dettes pour le traîner devant les tribunaux; la justice a cessé d'être un pouvoir arbitraire que les hommes doivent derouter, elle est devenue un pouvoir protecteur; elle protége l'ambassadeur comme elle protége tout homme; mais par cela même qu'elle protége, elle doit avoir le droit de condamner: comment protégerait-elle le créancier si elle ne pouvait condamner le débiteur? Si le ministre public peut poursuivre ses droits en justice contre ses débiteurs, ses créanciers doivent aussi avoir le droit de l'actionner pour qu'il soit tenu de remplir ses obligations.

77. Il me faut examiner la question en droit français, l'objet principal de ces Etudes. Je viens de citer l'article 14 du code Napoléon; il est abrogé en Belgique par notre nouveau code de procédure; pour le moment je laisse de côté cette innovation pour y revenir dans la partie spéciale de mon livre. L'article 14 est ainsi conçu: « L'étranger, *même non résidant en France,* pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français; il pourra être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées *en pays étranger* envers des *Français.* » Que l'ambassadeur soit réputé résidant à l'étranger, peu importe, il tombe sous l'application de l'article 14, à moins que le droit des gens ne fasse une exception en sa faveur. On admet cette exception, et on la fonde sur les travaux préparatoires; j'ai cité la disposition du projet de code civil, soumise au conseil d'Etat, aux termes de laquelle les agents diplomatiques ne pouvaient être traduits, ni en matière civile, ni en matière criminelle, devant les tribunaux de France. Cette disposition fut écartée comme appartenant au droit des gens. Ainsi le conseil d'Etat n'adopta pas l'article et il ne

le rejeta point, il ne fut pas même discuté; tout ce que l'on peut affirmer, c'est qu'il entrait dans la pensée des auteurs du code civil de maintenir l'immunité admise par le droit des gens. Reste à savoir quelle est cette immunité. Sur ce point il est très difficile de répondre. On lit dans un arrêt de la cour de Paris : « Qu'il est reçu en France que les ambassadeurs et ministres publics des puissances étrangères ne peuvent pas être poursuivis devant les tribunaux français pour le payement des dettes par eux contractées pendant l'exercice de leurs fonctions, pour des intérêts non étrangers au caractère dont ils sont revêtus (1). » *Il est reçu :* voilà une affirmation, mais où est la preuve? J'ai cité le mémoire du ministre des affaires étrangères sous Louis XV, M. d'Aiguillon; c'est un des actes les plus récents de l'ancien régime, or, le droit des gens est un droit traditionnel, puisqu'il est fondé sur les usages, et nous venons d'entendre Phillimore déclarer que la *coutume* de toutes les nations civilisées exempte les ambassadeurs de la juridiction civile. Eh bien, M. d'Aiguillon dit tout le contraire de ce qu'affirme la cour de Paris et de ce que répète le publiciste anglais. « Un ministre public, dit le ministre des affaires étrangères en 1772, ne peut pas se prévaloir de son privilége pour se dispenser de payer les dettes qu'il peut avoir contractées dans le pays où il réside. » D'Aiguillon ne se contente pas d'affirmer, comme le fait la cour de Paris; il donne ses raisons, et il ne sera pas inutile de les répéter, puisqu'on invoque la *sainteté* des ambassadeurs : « L'immunité étant fondée sur une convention, et toute convention étant réciproque, le ministre public perd son privilége lorsqu'il en *abuse* contre les intentions constantes des deux souverains, et c'est en abuser que de violer la première règle de la *justice naturelle* qui est antérieure au privilége du droit des gens (2). »

Il n'y a rien de plus vague que la tradition, même en

(1) Paris, 29 juin 1811 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Ministre public*, n° 118).

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Ministre public*, sect. V, § IV, art. III (t. XX, p. 285, de l'édition de Bruxelles).

droit civil, qui est essentiellement positif : que sera-ce s'il s'agit du droit des gens, qui repose sur des usages contradictoires? Nous venons d'entendre un ministre des affaires étrangères qui nie l'immunité des ministres publics quand il s'agit du payement de leurs dettes. Voici un témoignage contraire. Mornac, dans ses *Observations sur les Pandectes*, publiées en 1616, dit que les ambassadeurs sont tellement sous la protection du droit des gens, qu'ils ne peuvent être contraints à se défendre en justice, soit qu'il s'agisse d'affaires *civiles* ou d'affaires criminelles. » Voilà, en apparence, l'immunité telle qu'elle était consacrée par le projet de code civil. Mais il faut voir ce que le droit des gens entendait par l'immunité des ambassadeurs. Mornac ajoute : « Témoin ce que nous avons vu en 1608, au sujet d'un ambassadeur de Venise : celui de qui il avait pris un appartement à bail l'avait fait assigner devant le prévôt de Paris, et avait même, de l'autorité de ce magistrat, saisi ses meubles, parce que, sortant avant le terme, il refusait de lui payer le loyer du trimestre entier. L'ambassadeur réclama avec une chaleur extraordinaire, et Henri le Grand accueillit sa réclamation : après avoir nommé des *arbitres* parmi les conseillers de son *conseil*, et fait terminer, par cette voie, le procès qui roulait sur un point de coutume, il donna pleine satisfaction à l'ambassadeur. » Est-ce bien là l'immunité que l'on réclame pour les ambassadeurs? Merlin dit très bien « qu'Henri IV, tout en regardant les juges ordinaires de son royaume comme incompétents pour condamner les ministres publics et faire saisir leurs meubles, *croyait avoir le droit* de faire prononcer, entre ces ministres et leurs créanciers, par des arbitres de son choix; ce qui semble annoncer qu'à ses yeux, les ministres publics étaient bien exempts de la juridiction des tribunaux français, mais qu'en même temps ils demeuraient soumis à sa propre autorité, pour l'acquit de leurs dettes (1). »

Merlin dit qu'Henri IV « croyait avoir le droit » de

(1) Mornac, *Observationes ad Pandectas*, sur la loi 2, § 1 *De judiciis*, Merlin, *Répertoire*, au mot *Ministre public*, sect. V, § 4, art. III, p. 281, de l'édition de Bruxelles).

juger entre les ministres publics et leurs créanciers. Il est certain que, dans notre droit public moderne, les rois ne songent plus à réclamer un droit pareil; cela paraissait, au contraire, très naturel dans l'ancien ordre de choses. Jean Hotman, dans son *Traité de l'ambassadeur*, enseigne la doctrine qu'Henri IV pratiqua quelques années après : « En ce qui concerne les dettes et obligations, il faut, en tout cas, que les créanciers s'adressent, par requête, au prince, sans la permission duquel en telle chose ne se fait rien à propos : *manus regia jus facit in omni legatorum negotio.* Car si l'ambassadeur, ou les siens, ne pouvaient être convenus (poursuivis), jamais on ne leur prêterait, et personne plus ne voudrait avoir affaire à eux; le maître y sentirait dommage, son service demeurant à faire à cette occasion. Joint qu'il est sans raison qu'ils fassent leur profit du dommage d'autrui; ce qui serait, s'ils ne rendaient et payaient. *En contractant, ils subissent donc la juridiction du lieu où ils sont* (1). »

On le voit, le légiste français n'admet pas l'immunité telle qu'on l'entend communément; il donne d'excellentes raisons de droit et même d'intérêt pour soumettre les ambassadeurs à la juridiction territoriale; seulement il veut que cette juridiction soit politique, et que les princes l'exercent. Cette idée a été réalisée en Autriche. On lit dans le Mémoire de M. d'Aiguillon : « A Vienne, le maréchal de l'empire s'arroge, sur tout ce qui ne tient pas à la personne de l'ambassadeur et à ses fonctions, une juridiction proprement dite dans une étendue que l'on a quelquefois envisagée comme difficile à concilier avec les maximes généralement reçues. Ce tribunal veille d'une manière particulière sur le payement des dettes contractées par les ambassadeurs. On en a vu, en 1704, l'exemple dans la personne du comte de ***, ambassadeur de Russie, dont les effets furent saisis, jusqu'à ce que le prince de Lichtenstein se fût rendu sa caution. »

Maintenant je le demande : si justice doit se faire, et qui oserait le nier? quelle est la juridiction qui offre le

(1) Hotman, *Traité de l'ambassadeur*, chap. V, nos 8 et 9.

plus de garantie à l'ambassadeur, celle des tribunaux, ou celle des princes? Montesquieu disait qu'on pourrait supposer des dettes aux ambassadeurs, s'ils pouvaient être arrêtés pour dettes. Qui pourrait avoir la pensée de violer la justice pour servir la politique des princes? Certes pas les tribunaux, indépendants du prince et, au besoin, ses juges. C'est la politique de Machiavel que Montesquieu redoute, une justice qui prend les apparences du droit pour violer le droit. Aux rois on peut imputer cette iniquité : ils en ont fait bien d'autres. Rendre le prince juge des ambassadeurs, c'est les livrer à un pouvoir arbitraire, exercé par celui dont ils ont à craidre la vengeance. Heureusement que cette justice injuste est devenue une impossibilité constitutionnelle. Ainsi on retrouve partout, en cette matière, des préjugés monarchiques qui ne sont plus de notre temps; l'immunité des ambassadeurs tombera avec les préjugés auxquels elle est intimement liée.

78. Le droit des gens n'est pas aussi certain que le dit la cour de Paris. La plupart des auteurs français ne s'occupent pas de l'immunité des ambassadeurs, dans leurs commentaires sur le code Napoléon; et quand ils en parlent, c'est dans des termes généraux qui ne sont qu'une simple affirmation. Je vais citer des témoignages en sens contraire; ils émanent d'écrivains spéciaux, et ils ont d'autant plus de poids. Favard de Langlade admet l'immunité des ambassadeurs, en ce sens qu'ils ne peuvent être arrêtés pour dettes civiles. Ce privilége est devenu un droit commun. Mais ils peuvent être poursuivis devant un tribunal français pour les obligations par eux contractées envers un Français, soit en France, soit en pays étranger (1). Gérard de Rayneval partage cette opinion, et en donne la raison. « Un ambassadeur, dit-il, qui a l'imprudence de prendre des engagements personnels, renonce, au moins tacitement, à toute immunité, à l'ombre de laquelle il pourrait les éluder, et s'expose à toutes les poursuites pour y faire honneur; car un souverain ne saurait souffrir que les immunités qu'il consent à accorder devien-

(1) Favard de Langlade, au mot *Ministre public*.

nent préjudiciables à ses sujets; et un agent politique qui, manquant lui-même par sa mauvaise foi à la condition sous laquelle il est admis, avilit son caractère, ne saurait exiger que d'autres le respectent. C'est par une conséquence nécessaire de ces maximes qu'un agent politique, s'il se permet de faire des dettes, peut être forcé de les acquitter (1). » On dira que c'est de la théorie et que l'auteur ne tient aucun compte des faits. Cela n'est pas exact. La doctrine de Rayneval est celle que d'Aiguillon a exposée dans son Mémoire; c'est donc la tradition française, telle qu'elle était établie à la fin du dernier siècle, par le ministre des affaires étrangères de France.

Gand admet aussi que la personne des ambassadeurs est inviolable et sacrée. Mais cette inviolabilité n'étant établie au profit du représentant par le droit des gens que dans le seul but qu'il ne puisse être mis dans l'impossibilité de remplir ses fonctions, il s'ensuit qu'il ne peut réclamer l'affranchissement de la juridiction locale qu'en faveur de sa personne et de ses biens. L'auteur a un système particulier, ce qui prouve combien la doctrine de l'immunité est incertaine. Il admet le droit de poursuite contre les ministres publics, et par suite la compétence des tribunaux français; ils peuvent condamner l'ambassadeur, même par corps, mais l'exécution du jugement sera suspendue tant que le débiteur sera revêtu de ses fonctions diplomatiques. En conséquence les ministres publics restent justiciables des tribunaux de France à raison des obligations qu'il a consenties, dans les mêmes cas où le serait un étranger, simple particulier, qui aurait contracté avec un Français. A ce point de vue, Gand critique l'arrêt de la cour de Paris qui s'est déclarée incompétente pour connaître d'un engagement contracté par un secrétaire interprète de l'ambassadeur ottoman à Paris envers un Français (n° 77). Gand applique l'article 14 du code Napoléon aux agents diplomatiques; les tribunaux ne peuvent, sans déni de justice, se dispenser de reconnaître la

(1) De Rayneval, *Institutions du droit de la nature et des gens*, chap. XIV, § 5.

dette, et d'accorder au créancier un titre contre son débiteur. L'immunité diplomatique n'a d'effet que lorsqu'il s'agit de mettre le jugement à exécution ; il ne peut l'être contre la personne par voie de contrainte par corps. Nous allons voir en quel sens et dans quelles limites les meubles sont à l'abri de l'exécution (1).

79. Fœlix enseigne qu'aucune saisie des biens d'un ministre public ne peut avoir lieu dans le pays où il réside, pour des dettes contractées avant ou pendant le cours de sa mission. Il cite, à l'appui de cette proposition absolue, une légion d'auteurs, Vattel en tête (2). Cependant Vattel et tous les publicistes distinguent entre les immeubles et les meubles. Nul doute, dit Merlin, qu'on puisse saisir les immeubles ; et il cite Vattel : « L'ambassadeur ne possède pas les immeubles comme ambassadeur ; ils ne sont pas attachés à sa personne de manière qu'ils puissent être réputés hors du territoire avec elle. Si le prince étranger craint les suites de cette dépendance où se trouvera son ministre, par rapport à quelques-uns de ses biens, il peut en choisir un autre (3). » Merlin ajoute : « C'est bien assez que l'on feigne, en faveur du ministre public, qu'il n'est pas censé, comme tel, être sorti du lieu de son domicile. Or, il s'était chez lui, et qu'il eût des biens chez nous, sans contredit il nous serait permis de les saisir pour avoir payement de nos créances. Disons donc avec Vattel que les biens immeubles possédés par un ministre étranger ne changent pas de nature, par la qualité du propriétaire, et qu'ils demeurent sous la juridiction de l'Etat où ils sont situés. » On excepte de cette règle l'hôtel de l'ambassadeur ; comme il sert à son usage, il se trouve dans la même catégorie que les effets qui composent l'ameublement du ministre (3).

Le principe établi par Vattel est enseigné par les publicistes modernes. « Si, dit le comte de Garden, le ministre public possède des biens-fonds dans le pays où il réside,

(1) Gand, *Code des étrangers*, p. 41, nos 71 et 72, et p. 45, nos 80 et 81.

(2) Vattel, *Droit des gens*, liv. IV, chap. VIII, n° 113.

(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Ministre public*, sect. V, § IV, art. VI. (t. XX, p. 292 de l'édition de Bruxelles).

il y est justiciable des tribunaux pour toutes les affaires qui concernent ses propriétés, suivant la compétence qu'établit le droit civil. » Phillimore, qui cite ces paroles, ajoute que l'immunité des ambassadeurs n'a jamais été étendue aux immeubles; il reproduit les motifs que donne Vattel (1).

Je constate la doctrine générale; elle témoigne contre l'immunité. On peut dire des meubles ce que Vattel et Merlin disent des immeubles. Est-ce que l'ambassadeur possède, comme tel, les actions et les obligations qu'il a dans les sociétés de commerce et d'industrie? Ces valeurs sont-elles attachées à sa personne? Et si l'on peut feindre que l'ambassadeur n'est pas au lieu où il est réellement et où il doit être, pourquoi n'étendrait-on pas cette fiction aux immeubles? La fiction de l'exterritorialité est absurde par essence : qu'elle le soit un peu plus, un peu moins, qu'importe? Et si les immeubles sont soumis à la juridiction territoriale, pourquoi pas les meubles? Il est impossible, disent les partisans de l'immunité, de permettre la saisie des meubles. A quoi servirait à un ministre l'indépendance personnelle qu'on lui reconnaît, si on ne l'étendait à tout ce qui lui est nécessaire pour vivre avec dignité et vaquer tranquillement à ses fonctions (2)? Je demande s'il n'en est pas de même des revenus de ses immeubles s'ils lui sont nécessaires pour vivre? Je n'insiste pas sur l'inconséquence de la distinction que l'on fait entre les meubles et les immeubles; je l'ai déjà signalée en traitant de l'immunité des souverains (n° 35).

80. L'immunité reçoit des exceptions qui sont généralement admises. On suppose que le ministre public forme une demande devant les juges du lieu de sa résidence; s'il en est débouté, il sera condamné aux frais. Dans ce cas, dit Merlin, il ne pourra pas se dispenser de répondre aux poursuites que l'on fera contre lui pour la liquidation de ces dépens, et il faudra qu'il les paye. Le voilà défendeur,

(1) Phillimore, *International law* (t. II, n° 180, p. 192, et les auteurs qu'il cite, Klüber, Martens, Wheaton.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Ministre public*, sect. V, § IV, art. VI. (t. XX, p. 293). Phillimore, *International law*, t. II, p. 193, n° 181.

assujetti non seulement à la juridiction, mais encore aux voies d'exécution, à la saisie. Cependant on dit que son indépendance, sa dignité, son caractère l'exemptent de toute juridiction, à ce point qu'il ne peut pas être contraint de venir témoigner en justice! La contradiction est palpable. S'il gagne sa cause, continue Merlin, et que le défendeur interjette appel, il faudra bien qu'il y défende, et qu'il se soumette à la juridiction du tribunal où cet appel est porté. Ainsi l'ambassadeur sera justiciable des tribunaux d'appel, et il ne l'est pas des tribunaux de première instance! Nouvelle contradiction. Enfin, le ministre public qui plaide est sujet à la reconvention comme tout autre. Cela était déjà admis en droit romain. Si, dit le jurisconsulte Paul, ceux qui ne peuvent point être appelés en justice dans un lieu y intentent eux-mêmes une action, ils doivent nécessairement répondre au défendeur, lorsqu'il se constitue reconventionnellement demandeur, et se soumettre à la sentence du même juge : en effet, la reconvention n'est qu'une espèce de défense. Ici la contradiction est telle, qu'elle détruit le principe de l'immunité. La reconvention est une demande formée contre l'ambassadeur; il est soumis, de ce chef, à la juridiction locale. Si le créancier formait cette demande directement, l'ambassadeur opposerait l'incompétence. Cependant la demande est la même et les parties sont les mêmes. Dans une affaire identique, l'indépendance du ministre public s'oppose et ne s'oppose pas à ce que le tribunal en connaisse!

Rien de plus simple, dit-on. Le ministre public se soumet, par son propre fait, à la juridiction du juge local (1). C'est dire que l'ambassadeur peut renoncer à son immunité. Quoi! il s'agit de l'indépendance du ministre public, et de son souverain dont il est le représentant; donc la souveraineté est en cause. L'ambassadeur peut-il renoncer à la souveraineté de son maître? Le souverain lui-même n'y peut renoncer, car renoncer, c'est disposer. Dispose-t-on de la puissance souveraine? la souverai-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Ministre public*, sect. V, § IV, art. X.

neté est-elle dans le commerce? Ici encore nous rencontrons une vieille théorie monarchique qui n'est plus de notre temps. Jadis, les royaumes et les principautés étaient dans le domaine des princes : ils en disposaient, à titre de donation ou de testament ; les Etats étaient la chose du roi. Dans cet ordre d'idées, on conçoit que les rois et leurs représentants renoncent à une prérogative, à un privilége qui découle de leur puissance souveraine. On ne le comprend plus dans la doctrine moderne, qui considère le prince comme le chef du pouvoir exécutif; investi d'une autorité qu'il tient de la nation, comment pourrait-il y renoncer? Sous quelque face que l'on considère l'immunité, on voit que c'est un débris d'un ordre de choses qui a été complètement bouleversé; elle doit tomber avec les idées qui lui ont donné naissance.

81. Il y a encore une conséquence de l'exterritorialité qui n'est pas la moins curieuse. On demande si pendant leur mission les agents diplomatiques peuvent être poursuivis devant les tribunaux du pays qu'ils représentent? On sait que nos lois accordent à l'ambassadeur l'exemption de la tutelle, parce qu'ils remplissent hors du territoire du royaume une mission du roi (C. Nap., art. 428). Ici la réalité l'emporte sur la fiction ; la fiction les répute présents dans leur pays, tandis qu'ils sont, de fait, absents pour cause de service public: ils sont donc à la fois et au même moment présents et absents. Faut-il les réputer absents quant aux procès intentés contre eux? Comme, dans le lieu où ils résident, on les répute absents par suite de l'exterritorialité, on devrait au moins les réputer présents dans l'Etat auquel ils appartiennent; d'ailleurs, quoiqu'ils soient absents de fait, rien n'empêche qu'ils soutiennent un procès, puisque le procès s'instruit et se plaide par les avoués et les avocats. Tel n'est point l'avis de Vattel; après avoir établi leur indépendance de la juridiction de l'Etat où ils exercent leurs fonctions, il se demande quel est le moyen d'avoir raison d'un ambassadeur qui se refuse à la justice dans les affaires que l'on peut avoir avec lui? Voici sa réponse : « Plusieurs disent qu'il faut l'at-

taquer devant le tribunal dont il était ressortissant avant son ambassade. Cela ne me paraît pas exact. Si la nécessité et l'importance de ses fonctions le mettent au-dessus de toute poursuite dans le pays étranger où il réside, sera-t-il permis de le troubler en l'appelant devant les tribunaux de son domicile ordinaire? Le bien du service public s'y oppose. *Il faut que le ministre dépende uniquement du souverain* auquel il appartient d'une façon toute particulière. C'est un instrument dans la main du conducteur de la nation, dont rien ne doit détourner ou empêcher le service. Il ne serait pas juste non plus que l'absence d'un homme chargé des intérêts du souverain et de la nation lui devînt préjudiciable dans ses affaires particulières. Partant ceux qui sont absents pour le service de l'Etat ont des priviléges qui les mettent à couvert des inconvénients de l'absence. »

J'ai dit que l'immunité de la juridiction criminelle signifie impunité. Et voilà que Vattel nous prouve doctement que l'immunité civile conduit à l'absence, disons mieux, au déni de justice, c'est-à-dire à un crime! Vattel sacrifie le droit le plus sacré à l'idole de la souveraineté, sans tenir le moindre compte du droit des citoyens. Quelle aberration! Ici je ne parle plus comme légiste, dont l'avis est en contradiction avec l'opinion générale; je suis l'organe de la conscience publique soulevée contre un système de fictions qui sacrifie la justice à un prétendu droit des gens. Ecoutons Merlin : « Ainsi, selon Vattel, voilà l'ambassadeur *affranchi*, par la seule qualité de ministre, de *toute espèce de juridiction*. Il n'est pas soumis aux tribunaux du lieu où il réside, parce qu'il est censé, par une fiction de droit, *n'être pas absent* de sa patrie; et il est exempt de l'autorité de ceux de sa patrie, *parce qu'il en est absent*. Cette manière de raisonner, il faut l'avouer, est extrêmement commode; elle est merveilleuse surtout pour les ambassadeurs ordinaires, qui sont pour la plupart absents toute leur vie. » Donc ils échapperont toujours aux poursuites de leurs créanciers.

Merlin prend la peine de répondre à une doctrine qui détruit la justice. Pourquoi admet-on que les ministres pu-

blics sont indépendants de la juridiction des juges du lieu où ils résident? C'est par une fiction de droit qui les répute hors de ce pays. S'ils sont censés n'y être pas, on suppose donc qu'ils sont dans leur patrie; car il est impossible qu'ils ne soient pas quelque part. C'est cependant à cette impossibilité absurde qu'aboutit l'immunité des ambassadeurs : absents du lieu où ils résident, à cause de leurs fonctions, et absents de leur patrie, encore à raison de leurs fonctions; donc absents partout.

Cependant la doctrine de Vattel, qui nous paraît aujourd'hui le comble de l'absurde, n'était point sans précédents dans la pratique de l'ancien régime. Si l'on ne déclarait pas les ambassadeurs exempts de toute espèce de juridiction dans tout pays, on leur accordait du moins des *lettres d'Etat*, ou les cours rendaient en leur faveur des *arrêts de surséance* qui suspendaient toute poursuite contre le ministre absent; mais on ne le faisait que pour les ambassades extraordinaires et d'une durée limitée. C'est ainsi qu'en 1643 les Etats Généraux des Provinces-Unies ordonnèrent, en faveur d'un ambassadeur que la république envoyait en Angleterre, que l'on suspendît tous les procès commencés contre lui, et qu'on ne pût ni les poursuivre ni en intenter de nouveaux avant les six semaines qui suivraient son retour (1). Tel était l'ancien régime; régime de privilége et d'arbitraire, même dans les républiques. Bénissons la révolution de 1789 qui nous a délivrés d'un prétendu droit public qui ruinait le droit dans ses fondements. D'après notre droit public, la Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie (art. 130); donc l'exercice du pouvoir législatif ne pourrait être suspendu, même en vertu d'une loi.

82. La doctrine de l'immunité civile, telle qu'elle est interprétée par Vattel, aboutit à une conséquence immorale : c'est qu'un ambassadeur, représentant du souverain, peut manquer à ses engagements, pendant toute sa vie : comme créancier, il lui est loisible de poursuivre ses droits, là où la fiction le répute absent, comme là où il est censé

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Ministre public*, sect. V, § V, n° 1.

présent : comme débiteur, il est absent partout, et ses créanciers n'ont aucune action contre lui. Il y a une autre conséquence de l'immunité qui, si elle n'est pas immorale, est du moins souverainement absurde.

Une première conséquence de l'exterritorialité, dit Fœlix, c'est que l'ambassadeur n'est pas tenu de suivre, pour la forme des actes relatifs à sa personne, à sa famille et à ses biens, les lois de la nation où il exerce ses fonctions (1). C'est l'opinion de la plupart des auteurs; si l'on prend la fiction de l'exterritorialité au pied de la lettre, rien de plus logique. Le ministre de Belgique à Londres n'est pas à Londres, il est en Belgique, donc c'est la loi belge qu'il faut appliquer à la forme des actes dans lesquels le ministre ou sa famille figurent comme parties. La fiction est absurde, et la conséquence plus absurde encore. Au moins la fiction est praticable; le ministre actionné devant un tribunal du lieu où il réside oppose l'incompétence, et le juge se déclare incompétent. Mais comment le ministre de Belgique s'y prendra-t-il pour faire dresser un acte par un notaire selon les formalités de la loi du 25 ventôse an XI, s'il est accrédité dans un pays où il n'y a point de notaire, et où l'on ne connaît pas la loi de ventôse? L'adage *Locus regit actum* a été admis partout précisément à raison de l'impossibilité où se trouvent les parties contractantes, en pays étranger, de suivre les formes prescrites par leurs lois nationales : est-ce que, par hasard, la fiction de l'exterritorialité rendra possible ce qui est impossible, et le ministre étranger trouvera-t-il un notaire là où il n'y en a pas? La maxime traditionnelle *Locus regit actum* a encore un fondement rationnel, que j'ai longuement expliqué ici même : est-ce que la raison n'a plus rien à dire quand un ambassadeur est en cause? Mais il ne figure pas seul dans l'acte, il y a un tiers, et celui-ci est soumis à la loi du lieu où l'acte est dressé : est-ce que la fiction de l'exterritorialité va être étendue à ce tiers, et aura-t-elle pour effet qu'un acte reçu dans d'autres formes que celles

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 416, n° 210, et 179, n° 82, V. Il faut ajouter aux auteurs qu'il cite Massé, *Droit commercial*, t. I, n°s 576, p. 475, de la 2e édition.

du lieu où il est passé, sera censé être la vraie expression de sa volonté, alors que la loi locale, seule compétente, a décidé le contraire? Ce qui est irrationnel deviendra rationnel, un acte nul sera valable, parce qu'une fiction absurde le veut ainsi (1)!

Bynkershoek dit quelque part qu'il n'en faut pas croire Wicquefort, parce qu'il ne savait pas le droit civil. On est tenté d'adresser le même reproche à tous ceux qui traitent du droit des gens. Il y a un principe élémentaire concernant les fictions : qui dit fiction, dit le contraire de la réalité. Il suit de la nature de la fiction qu'elle doit être strictement limitée au cas pour lequel elle a été établie. On ne raisonne pas en matière de fictions, comme on le fait en matière de principes. Les principes sont fondés sur la raison, ils sont l'expression de la vérité, autant qu'il est donné à l'homme de la connaître ; or, si le principe est vrai, les conséquences doivent l'être aussi. Mais on ne peut pas procéder ainsi quand il s'agit d'une fiction. Le législateur s'écarte de la réalité, pour un motif particulier et dans un cas singulier ; l'interprète doit bien se garder d'appliquer la fiction, par voie de conséquence logique, car le législateur n'a pas consacré la fiction pour cette conséquence; en l'appliquant à des cas non prévus, l'interprète irait contre la volonté du législateur, il aboutirait à des absurdités que le législateur n'a point voulues. C'est ce qui est arrivé aux publicistes qui appliquent la fiction de l'exterritorialité à la forme des actes. La fiction a pour but de garantir l'indépendance de l'ambassadeur. Elle est absurde; toute fiction l'est; mais dans l'ordre d'idées où se place le vieux droit des gens, la fiction a sa raison d'être. Mais essayez de l'étendre à la forme des actes, et la fiction sera sans raison aucune, vous serez en pleine absurdité. Que l'on veuille bien me dire ce qu'il y a de commun entre l'indépendance de l'ambassadeur et la forme des actes. Montesquieu craint qu'on ne suppose des dettes à l'ambassadeur, s'il pouvait être actionné pour

(1) Comparez, en ce sens, Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 195 et suiv.

dettes. On dresse un acte où figure un ambassadeur, le droit universel veut que l'on suive les formes prescrites par la loi locale : qu'est-ce qu'il y a à craindre ici pour la liberté et l'indépendance de l'ambassadeur ? La question est absurde, et la solution qu'on lui donne est plus absurde encore. Là où l'indépendance du ministre n'est pas en cause, ne parlez point de l'exterritorialité. Le bon sens le dirait, à défaut du droit.

La maxime *Locus regit actum* prête à la confusion, et celle-ci n'a point fait défaut. Afin de la prévenir dans la question que je viens d'examiner, j'ajouterai que l'on ne doit pas confondre avec les actes où l'ambassadeur figure comme partie ceux qu'il dresse lui-même en sa qualité de ministre public. Pour les premiers, il reste sous l'empire du droit commun ; il doit donc observer les formes locales, sauf quand il s'agit d'un acte unilatéral dont les formes peuvent être remplies partout : tel serait un testament. Tout Français peut tester en pays étranger dans la forme olographe (C. Nap., art. 999), partant l'ambassadeur. Objecterait-on qu'il est censé ne pas habiter le pays où il teste ? L'objection serait absurde ; il y réside de fait, et même de droit, pour tous les actes qui ne concernent pas ses fonctions. L'ambassadeur peut encore intervenir comme fonctionnaire public dans les actes qui intéressent les naturels de l'Etat dont il est le représentant ; d'après le code Napoléon, il reçoit les actes de l'état civil des Français, et naturellement il les dresse conformément aux lois françaises : c'est une facilité que le droit commun accorde partout aux parties intéressées.

N° 4. — DES PERSONNES QUI JOUISSENT DE L'EXTERRITORIALITÉ.

83. Je pourrais, à la rigueur, me dispenser de traiter cette question, car je n'écris pas un ouvrage sur le droit des gens ; mais comme mon but, dans cette longue discussion, est de critiquer un principe que je crois faux, je dois entrer dans des détails qui contribuent à en démontrer la fausseté. Quand on entend Montesquieu réclamer, dans son beau langage, l'immunité pour ceux qui sont la

parole du souverain, la doctrine de l'exterritorialité a un air de grandeur, qu'en réalité elle emprunte à la forme; mais quand on entend ensuite les publicistes revendiquer ce même privilége pour les valets et les servantes, le prestige s'évanouit et les scrupules naissent en foule : on se demande si une fiction qui conduit à des conséquences aussi ridicules mérite de figurer dans le droit des gens, lequel devrait avoir pour objet la communauté de droit entre les peuples. Qu'est-ce que la valetaille a de commun avec la parole du prince? Est-ce que le caractère sacré que l'on reconnaît aux ambassadeurs peut se communiquer aux femmes de chambre et aux cuisinières? L'indépendance et la souveraineté des Etats seraient-elles compromises si des coquins et des coquines répondaient de leurs engagements? Nous entrons dans le domaine du ridicule, et je me demande si le droit des gens véritable peut jamais devenir un sujet de risée? Si j'y insiste, c'est précisément pour rendre à la science la dignité qu'elle perd en décorant du nom de droits des priviléges qui avaient leur raison d'être alors que les rois étaient des dieux, mais qui deviennent absurdes depuis que les rois ne sont plus que des fonctionnaires héréditaires.

84. Tous les ministres publics jouissent-ils de l'immunité? Le projet de code civil l'accordait à tous ceux qui ont le caractère représentatif, c'est-à-dire qui représentent le souverain, pourvu que ce soit pour des affaires publiques; de là vient le nom de *ministres publics* qui les distingue. Il a *même* été jugé, dit Merlin, par un arrêt du haut conseil de Hollande, du 5 juillet 1633, infirmatif d'une sentence de la *cour*, qu'un *agent* du roi du Maroc n'avait pu être appelé en justice, parce que les Etats Généraux l'avaient admis avec le caractère de ministre public. Les Etats-Généraux ont encore décidé, en 1658, qu'on n'avait pu emprisonner un *agent* de l'évêque de Munster, quoiqu'il fût accusé d'avoir corrompu un secrétaire pour découvrir des secrets importants. C'était une mission digne d'un disciple et d'un successeur de Jésus-Christ! Les *commissaires* ou mandataires du prince, pour des affaires particulières, sans lettres de créance, ne sont point des ministres

publics. En 1629, les Etats Généraux firent arrêter à Rotterdam un particulier qui faisait, sous le titre de *commissaire*, quelques affaires particulières du roi de la Grande-Bretagne, et ne le relâchèrent qu'après le payement de tout ce qu'il devait (1).

85. L'immunité s'étend aux personnes qui sont attachées à l'ambassade. La cour de Paris l'a jugé ainsi pour des dettes contractées pendant l'ambassade. Dans l'espèce, il s'agissait de fournitures faites par un épicier au secrétaire interprète de l'ambassadeur ottoman, pour le compte de l'ambassade; le secrétaire avait signé un billet à ordre de 550 francs ; actionné en justice, il opposa l'incompétence, laquelle fut admise par la cour de Paris (2). Avis aux épiciers ; il est bon qu'ils sachent ce que valent les billets à ordre souscrits par un agent diplomatique.

L'immunité s'étend-elle aux affaires criminelles ? Les uns disent oui, les autres disent non (3). En supposant que les gens de l'ambassade jouissent de l'exemption pour leurs délits et leurs engagements, seront-ils au moins soumis à la juridiction de l'ambassadeur ? ou faudra-t-il que le créancier et la partie lésée les actionnent à Constantinople ou à Washington? Réal a imaginé une compétence pour l'ambassadeur, mais sous des conditions impossibles : il faudrait d'abord que le souverain lui eût délégué ce droit; puis, que le souverain du pays où l'ambassadeur exerce ses fonctions le lui eût reconnu ; or, aucun des deux souverains n'a le pouvoir de déléguer sa puissance souveraine, ni d'y renoncer en tout ou en partie. On aboutit donc forcément à l'impunité, et au déni de justice. Cela s'appelle le droit des gens des peuples civilisés !

Les faits, en cette matière, sont très instructifs. En 1657, la première nuit que M. de Thou, ambassadeur de France, passa à La Haye, un de ses laquais voulut faire

(1) Merlin. *Répertoire*, au mot, *Ministre public*, sect. V, § IV, art. V (t. XX, p. 292, de l'édition de Bruxelles.

(2) Paris, 29 juin 1811 (Dalloz, au mot *Agent diplomatique*, n° 118).

(3) Voyez les opinions diverses dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Ministre public*, sect. VI, n° 5 (t. XX, p. 314).

violence à une femme. La patrouille qui passait en ce moment la défendit, et le laquais ayant fait résistance, elle l'emmena au corps de garde. Là-dessus, l'ambassadeur fit demander son domestique aux conseillers députés de la province, et on le lui rendit sur-le-champ. De Thou entendait en faire justice lui-même. En vertu de quel droit ? et quelle fut la sentence qu'il prononça ? On ne le sait.

Nous allons assister à un acte de justice diplomatique. Sully, le célèbre ministre d'Henri IV, était ambassadeur extraordinaire à Londres en 1603. Un homme de sa suite, nommé Combaut, tua un Anglais, et se réfugia dans l'hôtel de l'ambassade. Sully « déclara tout net que dans quelques moments le coupable allait avoir la tête coupée ». Il assembla un conseil composé des plus vieux et des plus sages, et la chose ayant été conclue *en un instant*, il envoya prier le maire de Londres de faire tenir prêts, le lendemain, six cavaliers pour conduire le condamné au lieu de l'exécution, et d'y faire trouver l'exécuteur des hautes œuvres. » Le maire, qui n'était pas habitué à une pareille justice, réclama, temporisa. Enfin, Sully remit son domestique au maire pour le punir comme il croirait devoir le faire selon les règles de la justice anglaise (1). L'arrêt de mort que Sully avait fait rendre *en un instant* était un acte à la turque, mais il était dicté au moins par un vif sentiment de la justice; tandis que l'immunité est l'oubli, presque le mépris de tout droit.

86. Que devient le droit, au milieu de cet arbitraire et de ces violences ? Rien de plus faible que ce que Vattel dit pour justifier l'immunité qu'il accorde à la suite de l'ambassadeur : « L'inviolabilité de l'ambassadeur se communique aux gens de sa suite, et son indépendance s'étend à tout ce qui forme sa maison. » Voilà une affirmation, mais où est la preuve? Quel rapport y a-t-il entre l'inviolabilité de l'ambassadeur et l'inviolabilité de sa cuisinière? L'indépendance du ministre sera-t-elle en danger, et sa parole sera-t-elle enchaînée parce qu'un coquin de valet

(1) Mémoires de Sully, liv. XIV.

sera livré aux tribunaux du pays dont il a violé les lois ? Vattel répond : « Toutes ces personnes lui sont tellement attachées, qu'elles suivent son sort; elles dépendent de lui seul immédiatement, et sont exemptes de la juridiction où elles ne se trouvent qu'avec cette réserve. » C'est se payer de mots et de paroles : *verba et voces*. Je demande des raisons. Suffit-il que les valets et les servantes de l'ambassadeur fassent leur *réserve* en entrant dans un pays, pour être exempts de la juridiction civile et criminelle ? Qui leur a donné le droit de faire ces réserves ? Les réserves contre le droit, contre la justice, contre la souveraineté de la nation peuvent-elles avoir un effet quelconque ? « L'ambassadeur, dit Vattel, doit protéger les gens de sa suite, et on ne peut les insulter sans l'insulter lui-même. » Décidément, le monde de la diplomatie est le monde renvèrsé. Soustraire à la justice du pays des commis, des domestiques, cela s'appelle les *protéger* : et les créanciers, les parties lésées, n'ont-ils pas droit avant tout à la protection des lois ? Traduire devant les assises les gens de l'ambassadeur qui volent, qui assassinent, qui violent, cela s'appelle les *insulter*, et insulter leur maître ! Enfin, « si les domestiques et toute la maison d'un ministre étranger ne dépendaient pas de lui uniquement, on sent avec quelle facilité il pourrait être molesté, inquiété et troublé dans l'exercice de ses fonctions (1) ! » Qui a troublé Sully dans l'exercice de ses fonctions ? C'est le crime commis par un de ses gens. Si immédiatement il avait pris le parti de livrer le coupable à la justice anglaise, où eût été le trouble ?

Vattel se paye de mots. Quand on pénètre au fond de l'immunité que l'on réclame pour la suite de l'ambassadeur, on ne trouve que de vieux préjugés. Tout était privilége dans l'ancien ordre social, essentiellement aristocratique, et l'on sait l'orgueil des privilégiés et leur outrecuidance. Il ne leur suffit point d'être au-dessus de la loi, il faut que tout ce qui les touche de près ou de loin participe au privilége. Là où le maître avait une juridic-

(1) Vattel, *Droit des gens*, liv. IV, ch. IX, § 120.

tion exceptionnelle, les domestiques y participaient, « en sorte, dit Bynkershoek, qu'un valet change de juridiction autant de fois qu'il change de maîtres qui en reconnaissent de différentes. » Les magistrats étaient eux-mêmes imbus de ce sot orgueil. En Hollande, les valets des conseillers n'étaient justiciables que des tribunaux dans lesquels siégeaient leurs maîtres : ce devait être une justice bien impartiale! Les maîtres y tenaient plus que les domestiques. Un arrêt de la cour suprême de Hollande déclare nulle et attentatoire à la juridiction de cette cour une assignation qui avait été donnée devant le magistrat de La Haye au domestique de l'un de ses membres (1). Dans cet ordre d'idées, on comprend que les ambassadeurs considérassent comme une *insulte* le fait de citer un de leurs gens devant les tribunaux du pays! Mais les priviléges ont passé; nous sommes sous l'empire du droit commun, le même pour tous. Dans ce nouvel ordre de choses, on ne comprend plus que les valets d'un ambassadeur participent à l'*inviolabilité* et à l'*indépendance* de leurs maîtres; et ce qui est absurde pour les domestiques est aussi absurde pour les ministres publics.

87. Je suis heureux d'arriver à la fin de cette longue discussion. Il y a une question sur laquelle je dois encore m'arrêter, elle touche au droit international privé, et elle a été récemment agitée devant les tribunaux de France. Il arrive parfois que l'ambassadeur soit sujet de l'Etat auprès duquel il est accrédité : jouira-t-il de l'immunité? Il y a controverse et doute. Pour que la question puisse s'élever, il faut supposer que l'ambassadeur a conservé sa nationalité, et dans notre droit français, il ne la conserve que s'il accepte les fonctions de ministre public avec autorisation du chef de l'Etat (C. Nap., art. 17). S'il perd sa nationalité d'origine, il devient étranger, et partant il peut invoquer les priviléges qui appartiennent à tout ministre étranger. Il y a encore une remarque préliminaire à faire. Le décret du 26 août 1811 déclare (art. 24) que

(1) Bynkershoek, *De foro legatorum*, XV, sect. 5. Merlin, au mot *Ministre public*, sect. VI, n° III (t. XX, p. 313 et 314).

les Français au service d'une puissance étrangère ne pourront jamais être accrédités comme ambassadeurs auprès de la personne de l'empereur, ni être reçus comme chargés de missions qui les mettraient dans le cas de paraître devant Sa Majesté en costume étranger. » Merlin dit que ce décret tranche la question, en ce sens qu'elle ne peut plus se présenter. Cela suppose que le décret est encore en vigueur; je laisse de côté cette difficulté; en Belgique elle n'existe point, puisque le décret de 1811 est abrogé. J'y reviendrai dans la partie spéciale de ces Etudes.

C'est Wicquefort qui a rendu le débat célèbre; il y était personnellement intéressé. Sujet, par sa naissance, des Etats Généraux, il avait accepté les fonctions de résident du duc de Lunebourg dans sa propre patrie. Malgré ce titre et l'immunité qui y semblait attachée, il fut condamné, le 20 décembre 1675, à une prison perpétuelle. Wicquefort, sans discuter l'arrêt au fond, l'attaqua quant à la forme : il entreprit de démontrer, dans son traité *De l'ambassadeur,* qu'il écrivit en prison, que la décision violait le droit des gens. Il avait changé de souverain, disait-il, du moment qu'il avait été investi des fonctions de résident du duc de Lunebourg; devenu étranger, il devait jouir de l'immunité qui appartient à tout ministre public. Bynkershoek, intéressé comme magistrat à défendre la validité de la sentence, combattit la doctrine de Wicquefort, dont les arguments lui paraissaient de peu de poids. Dans nos idées modernes, les raisons qu'il lui oppose ont également peu de valeur. Il part du principe que l'on peut être en même temps au service de plusieurs princes et engagé envers eux par un serment de fidélité, ce qui revient à dire que l'on peut avoir plusieurs patries, opinion que l'on considère aujourd'hui comme une hérésie politique. Je n'entre pas dans ce débat, sur lequel on peut consulter Merlin. Il faut supposer que l'ambassadeur conserve sa nationalité d'origine; dans ce cas, naît la question de savoir s'il peut réclamer le privilége de l'immunité.

Vattel n'hésite pas à se prononcer en faveur de l'im-

munité. « Le ministre étranger, dit-il, quoique auparavant sujet de l'Etat, en est réputé absolument indépendant pendant tout le temps de sa commission. Si son premier souverain ne veut pas lui accorder cette indépendance dans son pays, il peut refuser de l'admettre en qualité d'ambassadeur, comme cela se pratique en France. » Merlin partage cet avis : « Par cela seul que le souverain admet le ministre étranger, il l'admet nécessairement avec les prérogatives attachées à son emploi, et, par conséquent, avec l'inviolabilité sans laquelle il ne peut pas exister d'ambassade (1). » Rien de plus logique, une fois le principe admis; mais la logique porte malheur aux faux principes, en dévoilant tout ce qu'ils ont d'absurde par les conséquences auxquelles ils aboutissent. Merlin a-t-il réfléchi à ces conséquences? J'en doute; il écarte la question, plutôt qu'il ne la discute, par une fin de non-recevoir; elle ne peut plus se présenter en France, dit-il, depuis le décret de 1811. Je puis donc combattre l'opinion de Merlin sans me heurter contre l'autorité de ce grand jurisconsulte. Du reste mon but est moins de critiquer son opinion que de montrer l'absurdité du principe que le droit des gens admet. Un Belge remplit les fonctions d'ambassadeur de France en Belgique avec autorisation du roi. Il conserve sa qualité de Belge; comme tel, il est justiciable de nos tribunaux; mais en qualité de ministre public, il est affranchi de toute juridiction civile et criminelle en Belgique. Devant quel tribunal les créanciers l'actionneront-ils? Quel sera le juge compétent pour connaître des délits qu'il aurait commis en Belgique contre un Belge? Il n'est pas justiciable des tribunaux de France puisqu'il n'est pas Français, et que le demandeur, je le suppose, est Belge, et le fait litigieux s'est passé en Belgique. Le voilà à l'abri de toute poursuite, impossible d'obtenir droit contre lui. Cependant, à entendre les défenseurs de l'immunité, le privilége des ambassadeurs ne doit pas être le déni de justice, tous demandent qu'ils

(1) Wicquefort, *De l'ambassadeur*, sect. XI et XXVII. Bynkershoek, *De foro legatorum*, ch. XI et XII. Merlin, *Répertoire*, au mot *Ministre public*, sect. V, § II, n° II (t. XX, p. 268, édition de Bruxelles).

soient renvoyés à leur maître. Dans l'espèce, le souverain étranger n'est pas le maître de son envoyé, et les tribunaux étrangers sont incompétents. La doctrine de l'immunité est réduite à l'absurde.

Je ne suis pas au bout; les absurdités abondent. Quel est le principe sur lequel Grotius fonde l'immunité des agents diplomatiques? C'est la fiction de l'exterritorialité. L'ambassadeur n'est point là où il remplit ses fonctions; il est là où réside le prince qu'il représente, c'est-à-dire dans sa patrie. Que devient cette fiction dans l'espèce qui fait l'objet du débat? Elle est plus qu'absurde, elle est ridicule. Le Belge invoque à Bruxelles la fiction de l'exterritorialité. Dans quel but? Pour dire que si, de fait, il est à Bruxelles, de droit il est à Paris, là où il conserve son domicile d'origine, parce que sa patrie est en France! Tous les auteurs enseignent, en effet, que le ministre public conserve son ancien domicile. Le Belge conserve donc son domicile de droit en Belgique, et il se prévaut de son privilége pour en induire qu'il a son domicile à Paris. Est-ce assez d'absurdités? Non. Le Belge, ambassadeur à Bruxelles, y est poursuivi par ses créanciers; il leur oppose l'exterritorialité et l'immunité qui en découle. Pourquoi? C'est leur dire : Actionnez-moi à Paris, où j'ai mon domicile de droit. Or, à Paris il n'a aucun domicile et il n'y peut être actionné! N'ai-je pas raison de dire que l'immunité tombe sous le ridicule?

Les défenseurs de l'immunité tiennent à étendre le privilége de l'ambassadeur aux gens de sa suite. Un ambassadeur français à Bruxelles prend un secrétaire belge, et il a une domesticité belge : tous jouissent de l'immunité, au moins en matière civile. Peuvent-ils l'invoquer quoiqu'ils soient Belges? Oui, dit Bynkershoek; ils suivent la jurdictiion de leur maître (1). Excellente invention! C'est dommage que Molière l'ignorât. Quel moyen facile de ne pas payer ses dettes, passées, présentes et futures!

88. La question s'est présentée devant le tribunal de la Seine, en cause d'un Français, ministre plénipotentiaire

(1) Bynkershoek, *De foro legatorum*, XV, 5.

de la république de Honduras; il fut assigné avec d'autres membres de la commission de l'emprunt de Honduras par des porteurs d'obligations de ladite république, qui prétendaient que les commissaires étaient en faute, et réclamaient contre eux le remboursement de leurs obligations à titre de dommages-intérêts. Le ministre public opposa l'incompétence du tribunal. Jouissait-il, comme Français, de l'immunité que le droit des gens reconnaît à l'ambassadeur étranger? pouvait-il l'invoquer dans une affaire d'emprunt qui n'avait rien de commun avec son ministère? Le tribunal se prononça en faveur de l'immunité : « Attendu que le ministre plénipotentiaire de Honduras, représentant un gouvernement étranger, n'est pas justiciable des tribunaux français, même quant aux actions qu'il peut avoir accomplies comme personne privée; que s'il a conservé sa qualité de Français, il n'en jouit pas moins des immunités diplomatiques inhérentes à la fonction dont il est investi, et qu'il serait contraire au droit des gens et à l'indépendance réciproque des nations que le représentant de l'une d'elles fût justiciable des tribunaux du pays où il représente un Etat souverain; qu'on ne s'explique même pas qu'un exploit ait pu être porté à son hôtel et délivré ainsi en pays étranger. »

C'est une admirable chose que le droit des gens. S'agit-il du droit civil, le juge ne peut pas se contenter d'affirmer, il doit prouver ce qu'il affirme. Le droit des gens est dispensé de preuve : on l'allègue, puis tout est dit. Dans l'espèce, le demandeur aurait dû établir que le Français qui avait accepté des fonctions publiques d'un gouvernement étranger conservait néanmoins sa qualité de Français; il aurait donc dû produire l'autorisation du gouvernement français, aux termes de l'article 17 du code Napoléon : le tribunal se borne à supposer qu'il a conservé sa qualité de Français. Puis le défendeur devait prouver que, tout en restant Français, il jouissait du privilége de l'exterritorialité : le tribunal se contente de dire qu'il en jouit et puis tout est dit; il s'étonne même qu'une assignation ait pu être portée à l'hôtel du ministre, vu que c'est un territoire étranger. C'est l'exterritorialité poussée

jusque dans ses dernières conséquences : il en résultait, dans l'espèce, que l'on ne pouvait assigner le ministre du Honduras, ni en France, puisque, par l'effet de la fiction, il était censé se trouver dans le Honduras, ni devant les tribunaux de Honduras, puisqu'il n'y était pas domicilié : cette étrange anomalie, disons mieux, cette absurdité valait bien la peine d'être examinée. Pas un mot ; cependant l'exterritorialité, que le tribunal invoque comme un axiome, est répudiée par les publicistes modernes : preuve que le droit des gens n'a pas l'évidence que le tribunal de la Seine lui suppose ; il devait donc donner ses motifs. Au fond, et en supposant que le Français, représentant de la république de Honduras, pût se prévaloir de l'immunité diplomatique, il y avait une autre difficulté : l'immunité permettait-elle au ministre plénipotentiaire de tromper les porteurs d'obligations du Honduras ? L'immunité est-elle absolue, illimitée ? Qu'on relise le mémoire du duc d'Aiguillon, ministre des affaires étrangères, et l'on reconnaîtra qu'il y avait doute : il fallait donc motiver la décision.

Cependant M. Demangeat déclare que la décision du tribunal de la Seine lui paraît de tous points parfaitement juridique. Les auteurs, dit-il, sont à peu près unanimes pour admettre l'incompétence des tribunaux français. *A peu près* : est-ce qu'un *à peu près* suffit pour établir une règle du droit des gens ? « Une pratique universelle s'est prononcée en ce sens. » Cela est vrai de la jurisprudence française et belge : mais une jurisprudence qui se borne à affirmer a-t-elle une autorité quelconque ? Le dernier arrêt que M. Demangeat cite dit : « C'est un *principe certain* du droit des gens que les agents diplomatiques d'un gouvernement étranger ne sont pas soumis à la juridiction des tribunaux du pays dans lequel ils sont envoyés (1). » *Il est certain :* toujours des affirmations ! Cela est si peu certain que, de l'aveu de M. Demangeat, les auteurs ne s'accordent pas même sur les motifs de l'immunité ; et le motif d'un principe n'est-il pas tout le

(1) Paris, 12 juillet 1867 (Sirey, 1868, 2, 201).

principe? Grotius fonde le privilége des ambassadeurs sur l'exterritorialité, et tel est aussi l'avis du tribunal de la Seine, puisqu'il ne conçoit pas qu'une assignation ait pu être remise à l'hôtel du ministre, cet hôtel étant en *pays étranger*. Est-ce aussi l'avis de M. Demangeat? Non, il dit que la fiction de l'exterritorialité n'explique rien : et néanmoins il déclare juridique *en tous points* la décision fondée sur cette fiction qui n'explique rien. Voilà un étrange témoignage de l'*unanimité* des auteurs et de la *certitude* du droit des gens!

En voici un autre témoignage. M. Demangeat préfère la théorie de Vattel, suivie par Montesquieu, qui fonde l'immunité sur l'indépendance dont l'ambassadeur a besoin pour remplir ses fonctions. Soit. Mais si l'on invoque Vattel, que l'on s'en tienne au moins à ce qu'il enseigne. Or, il se trouve que Vattel contredit la décision qui, d'après M. Demangeat, serait fondée sur son autorité; je transcris ses paroles : « Lorsque le ministre d'une puissance étrangère est en même temps sujet de l'Etat où il est accrédité, il demeure sujet à la juridiction du pays dans tout ce qui n'appartient pas *directement* à son ministère : quels que puissent être les *inconvénients* d'une *sujétion* d'un ministre au souverain auprès duquel il est employé, si le prince étranger veut s'en contenter et avoir un ministre sur ce pied-là, c'est son affaire, il ne pourra se plaindre quand son ministre sera traité comme sujet. » Ainsi Vattel nie ce que le tribunal de la Seine affirme, et Vattel est la grande autorité de M. Demangeat! Il l'écarte en disant que la *distinction* de ce qui appartient *directement* au ministère de l'ambassadeur est très subtile et ne s'accorde pas avec les exigences de la pratique. Si, en théorie, la distinction est subtile, elle était d'une application très facile dans l'espèce : une commission d'emprunt et de banque a-t-elle un rapport quelconque avec les fonctions diplomatiques? Non, donc le ministre du Honduras restait assujetti aux tribunaux français dans la doctrine de Vattel.

Ajoutons que la morale était d'accord avec le droit. Pourquoi un ministre du Honduras figurait-il dans la

commission de l'emprunt? Pour inspirer d'autant plus de confiance aux obligataires. Puis quand leur confiance est trompée, le ministre vient leur dire : « Vos obligations ne sont que des chiffons de papier, je m'en lave les mains; vous deviez savoir que je ne suis pas justiciable des tribunaux français quoique Français. En vertu de la fiction de l'exterritorialité, vous pourrez me poursuivre devant les tribunaux du Honduras; mais si vous le faites, je vous répondrai que je suis Français. Hondurien à Paris pour échapper à vos réclamations, et Français dans le Honduras pour repousser votre demande. » Que répond M. Demangeat? « Dans le conflit d'un intérêt privé avec un intérêt public, il est juste que l'intérêt public l'emporte. » Oui, quand il n'y a que des *intérêts* en cause. Non, quand l'intérêt privé est un *droit*, et le plus sacré de tous, la *justice* alors il faut dire que le plus grand de tous les intérêts d'un Etat, et le premier de ses devoirs est de garantir les droits des citoyens, et de leur assurer la justice qui leur est due. La doctrine contraire subordonne et sacrifie tous les droits à la politique : c'est la doctrine de Machiavel.

LIVRE II.

Partie spéciale.

CHAPITRE PREMIER.

DES PERSONNES.

SECTION I. — De la nationalité.

89. La nationalité a un sens politique qui se lie à la signification que ce mot a dans le droit civil international. L'Italie a revendiqué son indépendance au nom de sa nationalité, et elle l'a reconquise au prix de son sang, en dépit de la diplomatie, qui s'obstinait, dans son aveuglement, à ne voir qu'une unité géographique là où il y avait l'unité vivante d'une nation. « Le dix-neuvième siècle a été témoin d'autres faits analogues, quoique moins considérables. La Grèce est sortie de son tombeau séculaire, aux applaudissements de l'Europe lettrée; la Belgique a repris son nom en même temps que sa liberté; dans l'empire d'Autriche et dans l'empire ottoman, des populations appartenant à des races diverses s'agitent et essayent de former des Etats fondés sur une communauté d'origine, de langue, de mœurs : là est peut-être la seule solution de ce qu'on appelle la question d'Orient. Ce mouvement révèle-t-il un nouveau principe qui vient prendre la place des anciens Etats entre lesquels le monde est divisé? C'est le secret de l'avenir. Mais dès maintenant on peut affirmer que les Etats qui ne sont pas fondés sur le principe de nationalité sont une création factice, résultat des guerres, et partant de la violence, tandis que les nations sont de Dieu, et ont une mission que le Créateur leur a donnée en les douant d'un génie particulier qui est en rapport

avec le territoire qu'il leur a assigné. Toutefois, ce n'est encore là qu'une théorie, acceptée par les uns, et vivement combattue par les autres. Dans mon opinion, le partage de l'humanité en nations doit se faire sur la base des nationalités; c'est cette organisation qui réalisera l'idéal, empreint dans toute la création, l'unité dans la diversité; et quand les nationalités seront définitivement constituées avec leur territoire contenu dans des limites naturelles, on pourra espérer ce qui jusqu'ici n'est qu'un rêve ou une utopie, une ère d'harmonie et de paix.

90. La nationalité, comme principe d'organisation de l'humanité, est en apparence étrangère à ces modestes Etudes qui se rattachent au droit civil, et par conséquent à des intérêts privés. Toutefois, il y a un lien entre la nationalité politique et le droit civil international. L'idéal est le même, l'unité dans la diversité. Quel est le but auquel tendent les travaux de notre science? La communauté de droit entre les nations, en ce qui concerne les intérêts. Quand cette unité civile sera établie entre les peuples, un grand pas sera fait pour arriver à l'unité politique : travailler à réaliser l'une, est peut-être le meilleur moyen de préparer l'avénement de l'autre. Il est certain que, sur le terrain des intérêts privés, on peut espérer l'unité, sous forme de communauté de droit, sans être accusé d'utopie; car, dans le règlement de ces intérêts, on ne rencontre pas de ces conflits d'ambition qui ne se vident que sur les champs de bataille; tous les peuples ont le même intérêt, c'est de faciliter leurs relations civiles et commerciales. D'un autre côté, la communauté de droit que notre science ambitionne n'est pas l'unité telle que les conquérants et, à leur suite, des philosophes l'ont conçue. Le droit civil international ne songe pas à absorber le droit particulier des diverses nations en un droit unique, espèce de panthéisme juridique. Notre science suppose, au contraire, des législations diverses, sinon il ne pourrait s'agir d'établir des règles d'après lesquelles se vide le conflit des lois nationales. Si le droit était un, le même pour toute l'humanité, notre science n'existerait plus. En ce sens encore, le droit civil international peut servir de type à l'unité à

laquelle les philosophes aspirent dans le monde politique : les tentatives d'unité doivent respecter les diversités nationales qui ont leur principe dans la création, sous peine de se perdre dans des espérances chimériques.

91. Il y a un rapport plus intime encore entre le principe de nationalité considéré comme base de l'organisation de l'humanité, et la nationalité dans le droit civil international. Les deux idées se tiennent comme celles de cause et de conséquence. L'Italie, qui procède du principe de nationalité, a aussi inscrit la nationalité dans son code civil, comme base du droit international privé. Notre science repose sur la distinction des statuts; on sait les débats séculaires et insolubles auxquels cette distinction a donné lieu. Le problème a trouvé une solution dans la doctrine qui respecte le droit civil de chaque nation, comme droit personnel de ses membres, dans toutes les relations d'intérêt privé, en le subordonnant néanmoins aux droits de la société au sein de chaque Etat; les lois concernant les droits de la société forment les statuts réels, expression de la souveraineté de chaque nation, or les droits et les intérêts de la nation l'emportent sur les droits et les intérêts des particuliers, nationaux ou étrangers. Pourquoi les lois nationales sont-elles personnelles, en ce sens qu'elles suivent la personne partout? C'est que les personnes sont caractérisées, individualisées par leur caractère national. Si les nations sont de Dieu, et si leur indépendance doit être reconnue comme un droit divin, il en est de même des lois qui régissent les personnes, membres de la nation; elles sont l'expression de leurs sentiments et de leurs idées ; elles doivent donc les suivre partout, comme le sang qui coule dans leurs veines. Ainsi statut personnel ou national, et nationalité, sont un seul et même principe; la personnalité du statut découle de la nationalité.

92. Il y a encore un autre lien entre le principe de nationalité et le droit civil international. Dans l'ancien droit, le statut personnel était limité aux lois qui règlent l'état et la capacité des personnes, et il était déterminé par le domicile. Cela tenait à la diversité infinie des coutumes

qui variaient dans un seul et même pays, d'une ville et d'un village à l'autre; tout le droit, dans cet ordre de choses, dépendait du domicile. Aujourd'hui le statut personnel comprend le droit international, en tant qu'il régit les rapports d'intérêt privé, et le droit ne varie plus d'après le domicile dans l'intérieur de chaque Etat, il varie d'après les lois qui régissent les Etats divers. Dans ce nouvel ordre de choses, le statut personnel est déterminé par la nation à laquelle la personne appartient. De là la grande importance de la nationalité, considérée comme fondement du statut personnel : il faut savoir à quelle nation une personne appartient pour déterminer le droit qui la régit dans toutes ses relations d'intérêt privé. Toutefois ce principe doit être entendu avec une restriction. Tous les Etat ne reposent pas sur le principe de nationalité, le principe même est loin d'être universellement reçu. Cela n'empêche pas que chaque Etat ait son droit particulier, lequel forme le statut personnel des membres de cet Etat, et les suit par conséquent partout où ils résident. C'est dans ce sens large que je prends ici le mot de nationalité. Tout homme a une patrie; c'est par une anomalie étrange qu'il y a des personnes qui n'en ont point. D'autre part, l'homme ne peut avoir qu'une patrie; c'est encore par une anomalie résultant de la contrariété des lois, qu'une personne a parfois deux patries. Dans ce sens, la nationalité se confond avec la patrie. Pour savoir quel est le statut d'une personne, il faut savoir quelle est sa patrie. Ceux qui n'admettent pas le principe de nationalité se servent du mot d'Etat. Nous sommes membres ou citoyens d'un Etat déterminé; c'est dire, en d'autres mots, que nous avons une patrie, que nous faisons partie d'une nation; c'est là notre nationalité.

93. Comment devenons-nous membres d'une nation ou d'un Etat? Dès notre naissance nous sommes membres d'un Etat ou d'une nation déterminée. Est-ce le lieu de notre naissance qui détermine notre nationalité, ou est-ce la nationalité d'origine, celle du père, indépendante du lieu où nous naissons? Dans l'ancien droit, on suivait le principe de territorialité; l'enfant né sur le territoire d'un

Etat devenait membre de cet Etat, quelle que fût la nationalité du père : le fils d'un Anglais né en France était Français, et le fils d'un Français né en Angleterre était Anglais. De là l'anomalie d'une personne ayant deux patries, car le fils d'un Français né en Angleterre était Français en France et Anglais en Angleterre. Le principe de territorialité était un débris du régime féodal, qui donnait pouvoir au souverain non seulement sur ceux qui naissaient sur le territoire, mais encore sur ceux qui venaient s'y établir; la souveraineté était territoriale, puisque le sol était souverain, et donnait la puissance souveraine au possesseur; la souveraineté, ainsi entendue, s'étendait naturellement à tout ce qui se trouvait sur le territoire, hommes et choses. Le système féodal s'est maintenu dans le droit coutumier anglais et américain. En France, et dans tous les pays qui ont adopté le droit français, la nationalité ne dépend plus du lieu de naissance, elle découle de la race : l'enfant suit la nationalité de son père, quel que soit le lieu où il est né. Toutefois le principe de territorialité n'est pas tout à fait abandonné par la législation française; elle en tient compte, dans l'intérêt de l'étranger qui naît en France, en lui permettant de réclamer la qualité de Français. A mon avis, il faut aller plus loin, et admettre le principe de territorialité à côté du principe de nationalité : les deux principes ont leur raison d'être, on doit faire à chacun sa part. C'est ce que j'ai proposé de faire dans le projet de revision du code civil que M. le ministre de la justice m'a chargé de préparer. Ce que je vais dire de la nationalité sera, en partie, le droit actuel, français et étranger, et en partie, le droit futur, ou, si l'on veut, la théorie soumise aux délibérations du gouvernement en Belgique. Il en est de la nationalité comme de toutes les parties du droit civil international, c'est un droit qui n'est pas formé, il est en voie de en formation.

ARTICLE PREMIER. — ACQUISITION DE LA NATIONALITÉ.

§ Ier. — *Du principe d'origine ou de nationalité.*

94. Dans l'ancien droit, tous ceux qui naissaient en France étaient Français. « On ne considère pas, dit Pothier, s'ils sont nés de parents français ou de parents étrangers, si les étrangers sont domiciliés dans le royaume ou s'ils n'y sont que passagers. La seule naissance dans le royaume donne les droits de naturalité, indépendamment de l'origine des père et mère et de leur demeure (1). » En Belgique, on suivait le même principe, mais on exigeait de plus que les parents y fussent domiciliés (2); tandis qu'en France, le fait purement accidentel de la naissance, pendant le voyage de la mère, suffisait pour attribuer la qualité de Français, preuve que la nationalité dépendait uniquement de la naissance sur le territoire. On ne tenait aucun compte de l'origine, pas même en faveur de l'enfant né d'un Français en pays étranger : tel était du moins le droit primitif. « Tout homme, dit Bacquet, natif hors du royaume de France, est aubain, sans distinction si les père et mère de l'aubain sont Français ou étrangers; on regarde seulement le lieu de naissance, et non pas d'où l'on est originaire, c'est-à-dire, où les parents étaient nés (3). » On finit par s'écarter de la rigueur de cette règle, et l'on considéra comme Français les enfants nés dans un pays étranger, d'un père qui n'avait pas établi son domicile dans ce pays, ni perdu l'esprit de retour. Il en était de même dans notre ancien droit belgique (4). Mais c'était là une faveur, et une espèce de fiction; les vrais et naturels Français, dit Pothier, étaient ceux qui naissaient dans l'étendue de la domination française.

95. Ce principe fut maintenu par les lois et les constitutions publiées depuis 1789. Les auteurs du projet de

(1) Pothier, *Traité des personnes*, part. V, tit. II, sect. 1re.
(2) Arrêt de la cour de cassation de Belgique, du 9 avril 1877 (*Pasicrisie*, 1877, 1, 184).
(3) Bacquet, *Du Droit d'aubaine*, part. V, chap. XL, n° 18.
(4) Arrêt de la cour de cassation de Belgique, du 28 juin 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 1, 56).

code civil formulèrent la doctrine traditionnelle dans la rédaction primitive de l'article 9, lequel était ainsi conçu : « Tout individu né en France est Français. » Boulay, l'orateur du gouvernement, expose les motifs de cette règle comme suit : « Nous tenions autrefois pour maxime que la France était le pays naturel de la liberté, et que dès qu'un esclave avait le bonheur de mettre le pied sur son territoire, par cela seul il cessait d'être esclave. Pourquoi ne reconnaîtrait-on pas de même, dans cette terre heureuse, la faculté naturelle d'imprimer la qualité de Français à tout individu qui y aurait reçu la naissance (1)? » C'est de la phraséologie, pis que cela, le contre-pied de la vérité. Ce n'est pas parce que la France était la terre de la liberté que l'enfant de l'étranger qui y naissait devenait Français, c'est parce qu'elle était un pays féodal par excellence; la prétendue liberté qui donnait la nationalité à l'enfant était une loi de servitude; l'homme était enchaîné à la terre, comme jadis le serf était attaché à la glèbe. Lors de la discussion du projet de code civil au sein du Tribunat, Gary dit très bien que le principe d'après lequel le territoire imprime la nationalité à ceux qui y naissent vient du régime féodal (2), et Boissy d'Anglas caractérisa parfaitement le régime féodal, qui, aboli en 1789, en ce qu'il avait d'odieux, prolongea son empire jusque sous la république, dans le domaine des lois civiles. « Alors l'homme et la terre étaient une seule et même chose; et l'un se confondait dans la nature de l'autre (3). » L'homme étant une dépendance du sol, appartenait naturellement au maître du sol. Ainsi la prétendue liberté, invoquée par Boulay, était une servitude! Quand la féodalité se transforma et fit place à la monarchie, le principe changea aussi de forme : de là la maxime que tout individu né sur le sol d'un pays est sujet du roi. Le territoire dominait les personnes.

Boulay dit que le territoire rassemble et fixe les habitants, que l'on distingue les nations par la distinction des

(1) Boulay, *Exposé des motifs*, n° 5 (Locré, t. I, p. 423).
(2) Gary, Discours (Locré, t. I, p. 473, n° 4, édition de Bruxelles).
(3) Séance du 29 frimaire, an X (*Archives parlementaires*, t. III, p. 194).

territoires, que c'est donc se conformer à la nature des choses que de reconnaître la qualité de Français dans celui-là même qui n'a d'autre titre à cette qualité que d'être né sur le sol de la France. Telle était, en effet, l'ancienne doctrine, et l'on entend encore dire aujourd'hui que l'élément territorial constitue les Etats et les nations. Sans doute, le territoire est l'un des faits qui constituent les nationalités; mais est-ce le seul, est-ce l'élément principal? C'est demander si le corps constitue l'homme, ou si c'est l'âme. Est-ce le sol qui fait la nationalité, ou est-ce le génie de la race?

Le Tribunat attaqua le principe de l'ancien droit, reproduit par les auteurs du code civil. La nationalité ne peut pas dépendre du hasard de la naissance. Si un enfant naît en France de parents anglais, sera-t-il Français parce que sa mère l'a mis au monde au delà du détroit? Le génie d'une nation se transmet avec le sang, ce n'est pas le lieu de la naissance qui le donne. C'est le hasard, dit le tribun Siméon, qui détermine le lieu de la naissance, mais le hasard de la naissance n'imprime pas le caractère national. Il faut laisser là la tradition féodale, pour revenir au principe du droit romain, d'après lequel on ne regardait comme citoyens que ceux qui étaient nés de citoyens; peu importait du reste qu'ils fussent nés à Rome ou ailleurs. Tel est aussi le principe que le Tribunat fit inscrire dans le code civil. L'enfant né d'un Français est Français, quel que soit le lieu de sa naissance : c'est une conséquence de la maxime nationale, dit Siméon (1), ou du principe de nationalité, comme nous disons aujourd'hui.

Toutefois le principe territorial ne fut pas entièrement abandonné : le code le maintient en faveur de l'étranger né sur le sol de la France. J'y reviendrai; à mon avis, les deux principes ont leur raison d'être, il faut faire sa part à chacun.

(1) Siméon, Rapport fait au Tribunat, nos 3 et 10 (Locré, (t. I, p. 431 et 450, de l'édition de Bruxelles).

N° 1. — DE L'ENFANT LÉGITIME.

96. Sont Français ceux qui naissent d'un père français, sans distinguer s'ils naissent en France ou à l'étranger (C. Nap., art. 10). L'application du principe souffre quelque difficulté quand le père n'a point de nationalité. Un Français s'établit en Belgique sans esprit de retour; il perd sa qualité de Français sans devenir Belge. S'il se marie, sa femme conservera sa nationalité, on ne peut pas dire qu'elle suit la condition de son mari, comme le veut l'article 19 du code Napoléon; cela suppose que le mari a une condition, c'est-à-dire une nationalité; or dans l'espèce, le mari n'a pas de patrie; c'est déjà une étrange anomalie; il ne faut pas l'étendre à la femme qui a une nationalité, qu'elle peut conserver. Les enfants suivront-ils, dans ce cas, la condition du père ou celle de la mère? Il faut appliquer le principe que la nationalité se transmet avec la race; on ne peut pas dire que l'enfant aura la patrie du père, puisque celui-ci n'en a point. Mais la mère ayant une patrie, elle transmet sa nationalité à l'enfant.

97. Il y a doute quand les père et mère ont une nationalité différente. Un Français se fait naturaliser en Belgique; s'il est marié, sa femme reste Française. Les enfants seront-ils Français ou Belges? Dans l'opinion générale, l'enfant suit toujours la condition de son père, parce que le père a l'exercice de la puissance paternelle et que sa volonté l'emporte sur celle de la mère (1). Cette doctrine ne repose sur aucun principe : la nationalité est un droit de l'enfant, elle n'a rien de commun avec le nom du père, ni avec la puissance paternelle qui, dans notre droit français, n'est autre chose que le devoir d'éducation. J'ai enseigné, dans mes *Principes de droit civil* que l'enfant né d'un père belge et d'une mère française a deux nationalités; c'est une conséquence rigoureuse du principe de sang ou de race. De là suit que l'enfant devrait avoir

(1) Demante, *Cours analytique de code français*, t. I, p. 64. Mourlon, *Répétitions sur le code Napoléon*, t. I, n° 145, p. 91, de la 9e édition.

l'option entre ses deux patries. Cette opinion n'a point trouvé faveur (1). Logique en principe, elle est mauvaise en fait : l'état de l'enfant est incertain jusqu'à ce qu'il ait opté, et comme la loi ne détermine aucune époque pour faire cette option, l'incertitude se perpétuera. En théorie, je préférerais un autre principe : c'est que le législateur tranche la difficulté, et il se prononcera naturellement pour la nationalité française, s'il est Français, et pour la nationalité belge, s'il est Belge. De là un conflit entre les deux législations, comme il s'en présente tant en cette matière; les traités seuls peuvent les vider.

98. Quelle est la nationalité des enfants dont le père abdique la qualité de Français ou la perd? Quand c'est par un fait volontaire que le père abdique sa patrie, sa renonciation ne peut porter atteinte aux droits des enfants qui étaient nés Français; le père n'a pas le pouvoir de disposer de leur nationalité. Telle est du moins la doctrine française que j'expose pour le moment. Je dirai plus loin qu'il y a un autre système. Quant aux enfants qui naissent postérieurement, ils suivent la condition de leur père, s'il a acquis une nouvelle patrie. Il en serait ainsi si le père belge se faisait naturaliser Français. La loi belge sur la naturalisation en a une disposition formelle (2). Si le Français accepte des fonctions publiques à l'étranger, ou s'il s'y établit sans esprit de retour, il perd sa nationalité d'origine sans acquérir une patrie nouvelle. Les enfants qui naîtront postérieurement suivront-ils la condition du père? Dans l'opinion que je viens d'énoncer (nº 95), ils suivront la condition de leur mère, si celle-ci a conservé sa nationalité. Si les père et mère s'établissaient en Belgique sans esprit de retour, ils seraient l'un et l'autre sans patrie, et forcément il en serait de même des enfants, sauf à eux à profiter du bénéfice de l'article 9 du code Napoléon.

Quand le père change de nationalité sans son fait, par suite de guerre ou de révolution, la force majeure a effet sur les enfants comme sur les parents; sauf aux uns et

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, nº 326, p. 429.
(2) Loi du 27 septembre, 1835, art. 4.

aux autres à profiter du bénéfice des traités et des lois qui tâchent d'atténuer les effets de ces déchirements douloureux. J'y reviendrai.

N° 2. — DE L'ENFANT NATUREL.

99. La nationalité des enfants naturels donne lieu à de grandes difficultés. Ces difficultés viennent, en partie, de ce que l'on a voulu suivre, dans le droit moderne, les principes que l'ancien droit avait empruntés aux lois romaines. Pothier établit comme règle que l'enfant naturel suit la condition de la mère; il fallait donc que la mère fût Française, pour que l'enfant, né hors mariage, fût Français (1). Cette règle, fondée sur ce que la mère est certaine, tandis que le père est incertain, est encore reproduite par l'auteur le plus récent qui a écrit sur le droit international (2). Je crois qu'il faut écarter la tradition en cette matière, parce que les principes du droit français diffèrent entièrement des principes du droit romain en ce qui concerne la filiation. La nationalité se transmet par le sang, donc par la filiation. Telle est la règle : elle s'applique à l'enfant naturel aussi bien qu'à l'enfant légitime : la légitimité ou l'illégitimité n'ont rien de commun avec la nationalité. Mais, dans l'application de la règle, la filiation légitime ou illégitime joue un grand rôle. L'état de l'enfant légitime est certain, le mariage l'atteste, et les actes de naissance et de mariage le prouvent. Il n'en est pas de même de l'enfant naturel : il n'a de filiation que s'il est reconnu. Si n'est reconnu ni par son père, ni par sa mère, il n'a pas de filiation, partant pas de nationalité, il est sans patrie. Vainement dirait-on que la mère est certaine; elle est certaine, en ce sens, que l'enfant peut rechercher sa mère, tandis que le code Napoléon interdit la recherche de la paternité. Mais tant que l'enfant n'est pas reconnu volontairement ou forcément par sa mère, ou par son père, aucun lien légal ne l'attache à une famille

(1) Pothier, *Traité des personnes*, tit. II, sect. Ire.
(2) Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht*, § 366, p. 214 de la 3e édition (1878).

quelconque; comment aurait-il une patrie, alors qu'il n'a point de famille?

Le législateur aurait dû prévoir ce fait qui est très fréquent, et décider que l'enfant naturel, non reconnu, est Français par cela seul qu'il est né en France. L'enfant a pour lui le principe territorial, la naissance sur le sol français; il a encore pour lui la présomption du principe de nationalité : la loi peut présumer qu'il est né de parents français, puisque telle est la règle générale pour ceux qui naissent en France, la qualité d'étranger n'étant qu'une rare exception. Mais, dans le silence de la loi, il n'y a point de présomption légale; et le code Napoléon ne reproduit pas le principe territorial admis dans l'ancien droit. L'opinion contraire est généralement suivie, quoiqu'elle soit fondée sur d'assez mauvaises raisons : je l'ai combattue dans mes *Principes de droit civil* (1). Il est inutile de renouveler le débat. Si l'opinion générale est très contestable au point de vue des principes établis par le code civil, par contre elle est fondée en raison, et elle sera sans doute consacrée par le nouveau code des Belges.

100. Quand l'enfant naturel est reconnu par l'un de ses père et mère, sa filiation est certaine, partant il suit la condition de celui qui l'a reconnu. Cela est d'évidence, pour le père aussi bien que pour la mère; on ne peut plus dire du père qu'il est incertain, puisqu'il a lui-même déclaré sa paternité dans un acte authentique.

Il y a des enfants naturels dont la reconnaissance est prohibée; ce sont les enfants adultérins et incestueux, et la loi leur défend aussi de rechercher leurs père et mère. De là suit que ces enfants n'ont pas de nationalité de race ou d'origine, ils ne peuvent pas en avoir, puisqu'ils n'ont pas de famille. Par exception, il arrive parfois que leur filiation est judiciairement constatée. Tel est le cas où le père désavoue un enfant conçu pendant son mariage : l'acte de naissance, combiné avec le jugement qui admet le désaveu, établit, d'une manière authentique, la filiation adultérine de l'enfant désavoué; ayant une filiation

(1) Voyez le t. Ier de mes *Principes de droit civil*, p. 433, n° 328.

légale, il a, par cela même, la nationalité de sa mère : dans ce cas, il est vrai de dire que la mère est certaine. Un mariage est annulé pour inceste; les enfants nés de ce mariage ont une filiation certaine, légale, attestée par des actes authentiques; ils peuvent donc invoquer la nationalité de leur père; l'annulation du mariage ne peut pas anéantir le fait de la naissance et de la filiation, seulement elle rend la filiation incestueuse.

Si la filiation des enfants adultérins et incestueux n'est pas légalement établie, ils ne peuvent pas avoir de nationalité d'origine. Le législateur devrait leur attribuer la nationalité qui est déterminée par le lieu de leur naissance. Personne ne doit être sans patrie; si le code Napoléon refuse aux enfants adultérins et incestueux un état civil, ce n'est pas une raison pour leur refuser une patrie; la sévérité du code est excessive, il ne faut pas l'outrer davantage. La morale que l'on invoque contre ces malheureux enfants, quand il s'agit de leur donner une famille, n'est pas une raison pour les laisser sans patrie; au contraire, c'est une situation immorale que celle de l'homme étranger partout, indifférent à tout ce qui se passe dans les lieux où il a vu le jour, égoïste, et jouissant néanmoins des bienfaits de la société civile, sans en supporter les charges.

101. L'enfant naturel est reconnu par ses père et mère. Si l'un et l'autre sont Français, il n'y a pas de doute. Mais que faut-il décider si l'un est Français et l'autre étranger? La question est très controversée. Elle a donné lieu à quatre opinions différentes (1). Il faut distinguer.

Supposons d'abord que la reconnaissance se fasse simultanément. Le père est Français, la mère est Belge. Dans l'opinion la plus suivie, l'enfant a la nationalité du père. Cette opinion ne repose sur aucun principe. On ne peut pas dire que le père naturel est le chef de la famille, puisqu'il n'y a pas de famille. Quand la reconnaissance s'est faite successivement, on admet encore que l'enfant

(1) Robillard, *Essai sur l'acquisition et la perte de la qualité de Français* (Paris, 1875), p. 79-84. Comparez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 436, n° 331.

suit la condition du père. N'est-ce pas violer le droit de l'enfant? Il a, dans ce cas, droit à la nationalité de celui de ses père et mère qui l'a reconnu le premier, et c'est bien de son droit qu'il s'agit. Je suppose que l'enfant est né d'une mère belge qui le reconnaît; puis il est reconnu par un père turc. On lui enlève sa nationalité belge : de quel droit? On lui impose une nationalité, dont il est plus que probable que l'enfant ne veut point : de quel droit? Et quelle est la raison de ce singulier privilége que l'on accorde à la paternité naturelle? J'ai enseigné, dans mes *Principes de droit civil*, que l'enfant, ayant deux nationalités, a le droit d'opter. Au point de vue des principes établis par le code Napoléon, c'est le système le plus logique; mais il est mauvais dans la pratique, puisqu'il laisse incertain l'état de l'enfant. Ne vaudrait-il pas mieux que le législateur tranchât la difficulté, en se fondant sur l'intérêt présumé et par conséquent sur l'intention probable de l'enfant? Dans le projet de revision du code civil, dont le ministre de la justice a bien voulu me charger, j'ai proposé de dire que si l'enfant est reconnu par ses père et mère, il suivra la condition de son père ou de sa mère belge. C'est au moins un principe : le législateur de chaque pays doit présumer que l'enfant naturel préfère la nationalité du pays où il est né. Il est vrai qu'il en peut résulter un conflit entre les diverses législations : ce conflit, presque inévitable, devra être vidé par la voie des traités.

102. Les auteurs qui ont écrit sur le droit civil international se prononcent en général pour la nationalité du père. Il faut entendre les raisons qu'ils allèguent, car tant vaut le motif, tant vaut l'opinion. Fœlix se borne à dire que la voix du père, même naturel, doit être prépondérante, et Demangeat se range à cet avis, sans alléguer un motif (1). C'est décider en affirmant : pourquoi la voix du père doit-elle être prépondérante? On ne le dit pas, c'est donc dire que la nationalité du père est prépondérante, parce qu'elle doit l'être. M. Brocher dit que c'est du père qu'il faut attendre l'aide et l'influence principales,

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 55 et note *b*, § 28 (4e édit.).

ce qui doit faire pencher la balance de ce côté (1). Si le fait était exact, il serait déterminant, car c'est l'intérêt de l'enfant qu'il faut considérer, puisque c'est de son droit qu'il s'agit, et non du droit du père, comme Fœlix semble le croire. Mais est-il bien vrai que l'enfant naturel trouve aide et appui chez son père? C'est la mère qui généralement se charge de l'enfant, alors même qu'il est reconnu par le père; celui-ci intervient dans les frais d'entretien et d'éducation, mais de protection morale, le malheureux bâtard n'en trouve que chez celle qui lui a donné le jour. Ces considérations conduiraient à un droit d'option, le système le plus juridique, mais le plus difficile à organiser, comme nous le verrons en traitant de l'enfant né d'un étranger en France.

Fiore examine la question avec beaucoup de soin (2); il se prononce pour la nationalité du père, alors même que l'enfant aurait été reconnu antérieurement par la mère. Il le décide ainsi par des raisons d'analogie puisées dans la législation italienne, et que l'on peut aussi invoquer dans le droit français. L'enfant prend le nom du père, lequel a l'exercice de la puissance paternelle de préférence à la mère; c'est aussi à lui que le code italien défère la tutelle; son consentement l'emporte, en cas de mariage de l'enfant. Est-ce que ces analogies ne sont pas trompeuses, dans l'espèce? La nationalité n'est pas un droit du père, c'est un droit de l'enfant, il le tient du sang qui coule dans ses veines; c'est une question de race. Or, l'enfant naturel appartient à deux races; il faut donc nécessairement une option : est-ce l'enfant qui doit la faire, ou est-ce la loi? Telle est la vraie difficulté. En droit strict, l'option devrait appartenir à l'enfant; comme cette opinion donne lieu à des incertitudes fâcheuses, elle n'a point trouvé faveur; il ne reste que la décision du législateur, qui peut se prononcer en faveur de la nationalité du pays où l'enfant a vu le jour, et qui sera régulièrement sa patrie de prédilection.

103. Il y a des enfants dont les père et mère sont in-

(1) Brocher, *Nouveau Traité de droit international privé*, p. 170, n° 52.
(2) Fiore, *Diritto internazionale privato*, n° 58, p. 101.

connus. Un décret du 4 juillet 1793 dispose que les *enfants trouvés* porteront le titre d'*enfants naturels de la patrie*; ce qui implique qu'ils sont Français. Le décret applique l'ancien principe de territorialité, que l'on trouve dans toutes les lois et les constitutions antérieures au code civil. Le code a introduit un nouveau principe, celui d'origine ou de race. Peut-on encore se prévaloir de l'ancienne législation pour interpréter la nouvelle? Le décret du 19 janvier 1811 l'a fait : aux termes de l'article 17, les enfants trouvés, élevés à la charge de l'Etat, sont entièrement à sa disposition; l'article 19 les appelle à l'armée, comme conscrits. C'est supposer qu'ils sont Français : il est certain que telle est la solution la plus naturelle. Mais il faudrait une loi pour la consacrer; le seul droit que le code Napoléon (art. 9) donne à l'enfant né sur le sol français, est de réclamer la nationalité française dans l'année de sa majorité. L'enfant trouvé est, à cet égard, dans une situation plus favorable : né en France, il est probable qu'il est né de parents français, il a donc un double titre à la nationalité française. En théorie, cela est incontestable. Bluntschli établit ce principe comme une règle de droit commun (1). D'après le droit français, il me paraît difficile de l'admettre. Le code Napoléon part du principe que la nationalité dépend de l'origine. Dans cet ordre d'idées, l'enfant qui n'a pas de filiation n'a pas de nationalité. On a prétendu que le principe territorial cède au principe de race, en cas de conflit, mais que le premier reprend son empire, dans tous les cas où l'on ne peut pas appliquer le second; d'où l'on induit que les enfants trouvés sont Français par cela seul qu'ils sont nés en France (2). Cette doctrine me paraît inadmissible. Elle suppose que le code consacre le principe de territorialité, tandis qu'il l'a repoussé (n° 95), en le remplaçant par le principe de race. Il faudrait une loi pour y déroger. J'ai proposé d'introduire cette innovation dans le nouveau code des Belges.

(1) Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht*, p. 214, n° 366 *a*, de la 3e édition.
(2) Sapey, *les Étrangers en France*, p. 169. En sens contraire, mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 434, n° 328.

104. L'enfant naturel est légitimé par le mariage de ses père et mère. D'après le code Napoléon, la légitimation n'a lieu que sous la condition que l'enfant ait été reconnu par ses père et mère avant leur mariage, ou qu'il le soit dans l'acte même de célébration (art. 331). Quelle est l'influence de la légitimation sur la nationalité? L'article 333 décide la question. Il pose en principe que les enfants légitimés par le mariage subséquent ont les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage. Cette assimilation doit aussi être appliquée à la naturalisation. Quand les père et mère appartiennent à la même patrie, il n'y a aucun doute. Il se peut cependant que la reconnaissance ne soit pas l'expression de la vérité : l'un des futurs époux reconnaît, dans l'acte de célébration, comme sien un enfant qui ne lui appartient pas; il aura néanmoins la nationalité de ses parents, sauf aux tiers, qui y auraient intérêt, à contester la reconnaissance (C. Nap., art. 339). Si les futurs époux ont une nationalité différente, celle du père prévaudra, puisque, en se mariant, la femme suit la condition du mari. Il y a cependant un motif de douter. L'enfant naturel est reconnu par sa mère française; celle-ci se marie avec un Belge qui reconnaît aussi l'enfant dans l'acte de célébration du mariage. Dans ce cas, l'enfant était Français avant sa légitimation; deviendra-t-il Belge par le mariage de sa mère? Il faut répondre affirmativement, si l'on applique le principe de l'article 333; l'enfant légitimé étant assimilé aux enfants nés du mariage ne peut pas avoir une autre nationalité que ceux-ci. Mais cette assimilation a-t-elle effet sur les droits ouverts avant le mariage? Il est certain que la légitimation ne rétroagit point au préjudice des tiers. Dans l'espèce, l'enfant légitimé pourrait-il réclamer, et prétendre qu'il avait un droit à la nationalité française, et que ce droit n'a pas pu lui être enlevé par le mariage de sa mère? Oui, à mon avis. Dans l'opinion qui est généralement admise, lorsqu'il y a une double reconnaissance, l'enfant suit la condition du père; il deviendrait donc, dans l'espèce, Belge malgré lui, ce qui n'est pas juridique.

N° 3. DE L'ENFANT ADOPTIF.

105. L'enfant adoptif suit-il la condition de son père? On suppose que l'enfant est étranger et que l'adoptant est Français. Une première difficulté se présente : l'étranger peut-il être adopté? Je dirai, dans la suite de ces Etudes, que l'adoption étant une institution de pur droit civil, il en résulte que l'adoptant et l'adopté doivent avoir la jouissance des droits civils dans le sens de l'article 11 du code Napoléon. En supposant que cette condition soit remplie, naît la question de savoir si l'adopté acquerra la nationalité de l'adoptant. A mon avis, la négative est certaine. Dans le système du code français, l'adoption n'établit pas un lien de parenté entre l'adoptant et l'adopté; celui-ci reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits (art. 348). Cela est décisif. Il est vrai qu'il prend le nom de l'adoptant, mais il conserve le sien; donc le nom n'a aucune influence sur le débat (1). Il en est de même dans le droit italien (2).

La question recevrait une solution différente si l'adoption opérait un changement de famille, comme Napoléon le voulait dans la discussion très longue qui eut lieu au conseil d'Etat sur le titre de l'Adoption. En droit romain, l'adopté conservait son droit de cité, et il acquérait le droit de cité de l'adoptant; il était donc bourgeois de deux cités (3). Ce droit nous est complètement étranger.

N° 4. INFLUENCE DE L'ÉPOQUE DE LA CONCEPTION SUR LA NATIONALITÉ.

106. Un vieil adage dit que l'enfant est censé né quand il s'agit de son intérêt. L'enfant peut-il invoquer cette maxime s'il a intérêt à acquérir la nationalité que son père avait lors de sa conception? L'adage vient du droit romain, et les jurisconsultes le formulent dans les termes les plus généraux : aussi souvent, dit Paul, que son intérêt le demande, l'enfant conçu exercera ses droits

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 97, n° 36, de la 4e édition.
(2) Esperson, *Il principio di nazionalità*, p. 58, note.
(3) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 47.

comme s'il était déjà né (1). Si l'enfant conçu peut toujours se prévaloir de sa conception quand il s'agit d'intérêts pécuniaires, pourquoi ne le pourrait-il pas pour établir sa nationalité? Cependant la question est controversée en droit français. Un arrêt de la cour de cassation de Belgique s'est prononcé en faveur de l'enfant conçu (2), et il y a un arrêt antérieur en sens contraire (3). Les auteurs sont divisés (4). Nous allons parcourir les diverses hypothèses dans lesquelles la difficulté se présente.

Le père est Français lors de la conception de l'enfant; et lors de sa naissance, il est Belge. Logiquement l'enfant doit avoir le droit d'invoquer l'adage s'il tient à sa nationalité française. On objecte que l'adage romain est une fiction; le code civil l'admet en cas de succession (art. 725 et 906); il ne l'admet pas en matière de nationalité, donc il l'exclut. C'est mal raisonner, me semble-t-il. L'adage est une fiction établie dans l'intérêt de l'enfant, donc par sa nature, cette fiction est générale, et doit recevoir son application dès que l'enfant est intéressé à s'en prévaloir (5). Toutefois il en résultera une grande incertitude sur la nationalité de l'enfant. Il a le choix entre deux patries et il peut toujours opter. La loi devrait au moins lui fixer un délai; et ce qui vaudrait mieux encore, opter elle-même, en se prononçant pour la nationalité française ou pour la nationalité étrangère, selon que la loi émane du législateur français ou étranger.

Même décision s'il s'agit d'un enfant naturel; il n'y a pas de motif pour lui refuser un droit que la loi accorde à l'enfant, comme tel, et il n'y a pas à distinguer non plus entre la filiation maternelle et la filiation paternelle; dès que l'enfant est reconnu, il peut invoquer l'adage (6), sauf au législateur à fixer un délai pour l'option ou à se décla-

(1) L. 7, D. I. 5.
(2) Rejet, 5 mars 1877 (*Pasirisie*, 1877, 1, 139).
(3) Rejet, 17 février 1873 (*Pasicrisie* 1873, 1. 119).
(4) Duranton, t. Ier, p. 83, n° 130. Marcadé, t. Ier, p. 100 et suiv., et p. 109, III. Demolombe. t. Ier, p. 155, n° 151, et p. 168, n° 164. Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 65 et 66. Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 93.
(5) Voyez mes *Principes de droit civil*. t. Ier, p. 431, n° 327.
(6) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, 435, n° 330.

rer pour la nationalité française, en réservant à l'enfant le droit d'opter pour la nationalité étrangère, à sa majorité, ou même à une époque antérieure, comme je le dirai plus loin.

Les enfants nés au moment où leur père abdique sa nationalité conservent la qualité de Français; si leur père était Français lors de leur conception, l'enfant pourrait se prévaloir de l'adage, toujours par le même motif : la fiction est générale, et c'est à l'enfant de voir quel est son intérêt (1). Mais le législateur fera bien de prévenir l'incertitude en fixant lui-même la nationalité de l'enfant, sauf option contraire.

107. Pour mettre les principes dans tout leur jour, je citerai un cas dans lequel l'adage romain ne peut pas recevoir son application. Aux termes de l'article 9 du code Napoléon, l'enfant *né* en France d'un étranger peut réclamer la qualité de Français dans l'année de sa majorité. L'enfant est conçu en France et né en Belgique : peut-il réclamer la nationalité française en vertu de l'adage romain? Non, et sur ce point tout le monde est d'accord. L'adage suppose que le fait seul de la *vie* suffit pour que l'enfant puisse exercer son droit. Or, dans l'espèce, le texte et l'esprit de la loi exigent que l'enfant *naisse* sur le sol français; c'est à la *naissance* que le législateur attache la faveur qu'il accorde à l'enfant : ce qui exclut l'adage (2).

108. Les codes étrangers qui ont pris pour type le code Napoléon suivent le même principe en ce qui concerne la nationalité. Toutefois, comme le code italien paraît toujours s'attacher à la *naissance*, on en a conclu qu'il excluait l'application de l'adage romain (3). Y a-t-il un motif qui justifie cette dérogation? On dit que l'enfant conçu n'est pas encore une personne, qu'on ne peut donc pas lui reconnaître une nationalité. La raison me paraît mauvaise; en effet, la fiction consiste précisément à con-

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 447, n° 340.
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 438, n° 333.
(3) Bianchi, *Corso elementare di codice civile italiano*, t. Ier, p. 378, n° 226.

sidérer l'enfant comme une personne, car l'enfant conçu ne peut exercer des droits que s'il est une personne. Et s'il est une personne pour la jouissance des droits privés, il doit aussi être une personne pour réclamer une nationalité dont dépend souvent la jouissance des droits privés.

§ II. *Du principe de territorialité.*

N° 1. LÉGISLATION FRANÇAISE ET BELGE.

109. Le principe de territorialité était admis dans l'ancien droit français comme partout ailleurs; l'enfant né en France d'un étranger était Français de plein droit à partir de sa naissance : le territoire imprimait la nationalité. Ce principe a été remplacé par l'origine ou la race; par suite l'enfant né d'un étranger en France naît étranger; mais le code lui permet de *réclamer* la qualité de Français dans l'année de sa majorité (art. 9). L'expression *réclamer* est énergique ; c'est un *droit* que l'enfant exerce, ce n'est pas une faveur qu'il sollicite : il devient Français par sa seule volonté. L'orateur du gouvernement explique en termes un peu fleuris les motifs de la prédilection que le législateur témoigne à l'enfant qui naît sur le sol français : « Ses premiers regards ont vu le sol français; c'est sur cette terre hospitalière qu'il a souri pour la première fois aux caresses maternelles, qu'il a senti ses premières émotions, que se sont développés ses premiers sentiments. Les impressions de l'enfance ne s'effacent jamais; tout lui retracera, dans le cours de la vie, ses premiers plaisirs; pourquoi lui refuserait-on le droit de réclamer la qualité de Français que tant et de si doux souvenirs pourront lui rendre chère? C'est un enfant adoptif (1). »

La disposition de l'article 9 est un retour au principe territorial, mais avec une profonde modification. Il ne s'agit plus de féodalité, ni de la puissance absolue que le souverain du territoire exerce sur les personnes qui y naissent comme sur celles qui s'y établissent. La féodalité

(1) Treilhard, *Exposé des motifs*, n° 4 (Locré, t. Ier, p. 465, n° 4).

civile avait été détruite jusqu'à la dernière racine dans la célèbre nuit du 4 août 1789. Si le législateur français se montre si favorable à l'enfant qui naît sur le sol français, c'est par des considérations morales et politiques que le premier consul développa très bien au conseil d'Etat. « Les fils d'étrangers, dit-il, qui se sont établis en grand nombre en France, ont l'esprit français, les habitudes françaises; ils ont l'attachement que chacun a naturellement pour le pays qui l'a vu naître. » C'est dire que ces enfants sont Français de fait : pourquoi ne le seraient-ils pas de droit? Napoléon n'était pas un homme de sentiment, mais il le comprenait. Le premier consul aurait voulu que le code civil maintînt l'ancien principe territorial; il invoqua un motif qui n'est pas sans gravité. « Si, dit-il, les individus nés en France d'un père étranger ne sont pas considérés comme Français de plein droit, on ne pourra pas les soumettre à la conscription et aux autres charges publiques (1). » Pour compléter la pensée de Napoléon, il faut ajouter que ces étrangers, tout en échappant aux charges qui pèsent sur les Français, profitent des bienfaits de la société civile et ont ainsi une situation privilégiée qui est contraire à tout principe.

Le Tribunat fit rejeter le principe de territorialité; mais il ne répondit pas d'une manière satisfaisante aux observations du premier consul. « Le fils d'un Anglais, dit le rapporteur du Tribunat, sera Français, par cela seul que sa mère, traversant la France, l'aura mis au monde sur une terre étrangère à elle, à son mari, à ses parents! Ainsi la patrie dépendra moins de l'affection qui y attache que du hasard de la naissance! » Ce serait certes une anomalie, mais quand cela arrivera-t-il? Les femmes n'ont pas l'habitude de faire un long voyage au moment où elles vont accoucher; et les lois sont faites pour la généralité des cas qui peuvent se présenter et non pour des hypothèses rares et exceptionnelles. Or, régulièrement les enfants qui naissent en France appartiennent à des

(1) Séance du 6 thermidor an IX, n° 3 (Locré, t. I[er], p. 350 de l'édition belge).

familles qui y sont établies; ils sont élevés avec des Français et ils deviennent Français de fait. On peut donc dire avec Napoléon que le législateur doit les assimiler aux Français. Le Tribunat répond aussi à la considération des charges publiques auxquelles échapperaient les enfants nés en France d'étrangers; il croit que ces enfants y seront tenus dans leur vraie patrie; ils jouiront donc des droits des Français sans être tenus des obligations qui y sont attachées. Siméon dit que ce n'est pas là l'intérêt de la France (1). Non, mais la supposition que fait le Tribunat ne répond pas à la réalité des choses : les étrangers nés en France et qui y restent échappent aux charges qu'ils devraient supporter dans leur patrie d'origine, à laquelle ils cessent régulièrement d'appartenir et ils y échappent encore en France; étrangers partout, quant aux obligations qui sont imposées aux nationaux, ils jouissent des droits privés en France comme s'ils étaient Français. Cela est-il juste?

Voilà les deux principes absolus en présence. Le code civil a rejeté le principe territorial, mais sans aller aussi loin que le Tribunat; il a tenu compte de la naissance de l'enfant sur le sol français en lui permettant de *réclamer* la qualité de Français, alors même qu'il serait né accidentellement en France et que ses parents et lui-même n'y auraient ni domicile ni résidence. C'est une satisfaction que le législateur français donne au principe territorial; et elle est fondée en raison; les motifs donnés par Napoléon subsistent; on peut même soutenir que le code aurait dû aller plus loin en déclarant Français de plein droit les étrangers nés en France, sauf à leur permettre d'opter pour la nationalité d'origine. Je reviendrai sur ce point, qui est d'une grande importance pour le droit civil international.

110. L'enfant né d'un étranger en France est étranger d'origine; le code Napoléon lui permet de réclamer la qualité de Français. Il a donc une option à faire : s'il

(1) Rapport de Siméon, n° 10 (Locré, t. I, p. 435). Observations du Tribunat, n° 3 (Locré, t. I, p. 450).

veut être Français, il doit en faire la déclaration. En ce point, le code civil a dérogé à l'ancien droit, et avec raison. Déclarer l'enfant né en France, Français de plein droit, c'est lui enlever sa patrie d'origine; le législateur n'a pas ce droit. L'enfant, Anglais de race, peut tenir à conserver sa nationalité : la loi française, qui pour lui est une loi étrangère, ne peut pas le dépouiller d'un droit qui est le plus précieux de tous, puisque la nationalité est la source des droits politiques. Le code civil respecte le droit de l'étranger, il lui offre la nationalité française, mais il ne la lui impose pas. C'est à l'étranger de choisir.

Il doit faire cette option dans l'année qui suit l'époque de sa majorité. Quelle est cette majorité? La question est controversée (1). A mon avis, les principes ne laissent aucun doute. L'enfant né d'un étranger est étranger; son état est donc régi par la loi étrangère; or, la majorité est un statut personnel; c'est donc la loi étrangère qui la détermine quand il s'agit d'un étranger. Comme cette opinion a été repoussée par la cour de cassation de Belgique, je dois m'arrêter à la jurisprudence. Notre cour dit qu'il faut donner aux termes de la loi la signification que le législateur lui-même leur donne : on doit donc interpréter le mot majorité de l'article 9 dans le sens de la majorité définie par l'article 488. Cela n'est pas sérieux; car cela revient à dire que la majorité de l'étranger est la majorité française, et c'est précisément ce qu'il faut prouver. Or, la majorité de l'étranger ne dépend pas de la loi française, elle dépend de la loi étrangère, aux termes de l'article 3 du code Napoléon; donc l'article 488 n'a rien à faire dans le débat. La cour écarte l'article 3 en invoquant le principe que le statut personnel n'est plus applicable quand il est de nature à compromettre un *intérêt public* : il eût mieux valu dire, quand le *droit* de la société est en cause. Où est, dans l'espèce, ce *droit social*, ou, si l'on veut, cet *intérêt public?* L'article 9 offre à l'étranger la nationalité française : c'est un droit que l'étranger peut accepter ou refuser; tout dépend

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 441, n° 336.

de sa volonté, preuve qu'il s'agit avant tout de son intérêt, pour mieux dire, de ses sentiments, de ses prédilections. Je cherche en vain l'*intérêt national* qui exige que le statut personnel de l'étranger soit subordonné à la loi française. Il est inadmissible, dit la cour, que le législateur de 1803 ait *voulu* organiser la réclamation de l'étranger né en France sur une base variable suivant les temps et les lieux. Je réponds que, de l'aveu de la cour, il n'est rien dit, dans les travaux préparatoires, de notre question; donc nous ignorons absolument ce que, dans ce cas particulier, le législateur a *voulu* ou n'a *pas voulu*. Mais nous savons quelle est sa volonté, en principe, quant au statut personnel; l'article 3 le dit, et nous sommes obligés de nous y tenir, s'il n'est pas prouvé que le législateur ait dérogé à une règle générale et fondamentale du droit international privé, en ce qui concerne la majorité de l'étranger, quand il veut user du droit que lui donne l'article 9. J'ajoute que l'application du droit commun à l'espèce est très rationnelle, comme je crois l'avoir démontré dans mes *Principes de droit civil*. Je ne dis rien de l'argument que la cour puise dans l'article 3 de la Constitution de l'an VIII; j'y ai répondu d'avance (1).

111. En quoi consiste la déclaration que l'enfant né d'un étranger doit faire s'il veut devenir Français? Il doit, dit l'article 9, s'il réside en France, déclarer que son intention est d'y fixer son domicile; s'il réside en pays étranger, il doit faire sa soumission de fixer son domicile en France et l'y établir dans l'année à compter de sa majorité. La déclaration est reçue par l'autorité communale qui a dressé l'acte de naissance de l'enfant (2). La jurisprudence applique la loi avec une grande rigueur. Une déclaration faite dans les termes suivants a été annulée : « Voulant faire option de patrie et jouir du bénéfice de l'article 9, je réclame la qualité de Belge. » C'est bien là l'objet essentiel de la déclaration, et elle

(1) Cassation, 6 et 19 février 1878 (*Pasicrisie*, 1878, 1, 93). Dans le même sens, Gand, 28 février 1878 (*Pasicrisie*, 1878, 2, 119). En sens contraire, les arrêts de Bruxelles, des 3, 17 et 21 janvier 1878 (*Pasicrisie*, 1878, 2, 118).
(2) Circulaire ministérielle du 8 juin 1836.

marque mieux que les termes du code civil l'intention de l'étranger de réclamer la qualité de Belge, mais la formule ne contenait pas la soumission de fixer son domicile en Belgique (1). Il serait bon qu'un arrêté royal déterminât les formes dans lesquelles la déclaration doit se faire.

A plus forte raison, la déclaration ne peut-elle pas être suppléée par un acte équivalent ou par un fait qui manifeste l'intention de l'étranger de devenir Français. Il a été jugé que l'engagement volontaire contracté par l'étranger, de servir dans l'armée française, ne pouvait pas tenir lieu de la déclaration prescrite par la loi. Quelque évidente que soit l'intention de l'étranger de vouloir être Français, aucun fait ne peut suppléer la déclaration expresse : ni le recrutement, ni le service de la garde nationale, ni le mariage avec une Française, ni la résidence continue en France, ni l'exercice du droit électoral (2).

112. A quels enfants s'applique l'article 9? A tout enfant né en France d'un étranger. L'enfant qui naît d'un étranger établi en France sans esprit de retour doit faire la déclaration prescrite par la loi; car son père est étranger. On a prétendu que cet enfant est naturel français, sans déclaration aucune. Le code ne dit pas cela, et il faudrait une loi pour dispenser l'enfant né en France d'un étranger de la déclaration exigée par l'article 9 (3).

Il en est de même de l'enfant d'un étranger qui a été autorisé à établir son domicile en France; le père reste étranger et l'enfant naît étranger : on se trouve donc dans les termes de l'article 9.

Il y a un doute quand l'enfant naît de père et mère inconnus. On soutient généralement qu'il naît Français, ce qui est inadmissible, puisque la naissance sur le sol ne donne plus la nationalité. On ne sait quelle est la nationalité du père, mais de deux choses l'une : ou il est Français, et alors l'enfant suit sa condition; ou il est étranger,

(1) Cassation, 12 février 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 1, 65).
(2) Arrêts de la cour de cassation du 18 juillet 1846 (Dalloz, 1846, 1, 263) et du 27 janvier 1848 (Dalloz, 1848, 1, 164).
(3) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 439, n° 334.

et, dans ce cas, l'enfant peut invoquer le bénéfice de l'article 9 (1).

113. L'enfant qui remplit les conditions prescrites par l'article 9 est-il Français à partir de sa naissance ou n'acquiert-il la nationalité française que pour l'avenir? La question est controversée. Si l'on s'en tient aux principes, la solution n'est point douteuse. L'enfant naît étranger; lorsque à sa majorité il réclame la qualité de Français, il change de nationalité, et tout changement de nationalité n'opère que sur l'avenir; s'il rétroagissait, celui qui change de patrie aurait eu, dans le passé, deux patries; dans l'espèce, l'enfant aurait été Français tout ensemble et étranger; ce qui est impossible (2).

114. Si l'étranger laisse écouler l'année de sa majorité sans faire la déclaration prescrite par l'article 9, il reste étranger, et il ne pourra plus acquérir la qualité de Français que par la naturalisation. C'est l'opinion générale; elle se fonde sur le texte de la loi. L'enfant né d'un étranger en France naît étranger; il peut réclamer la qualité de Français, mais sous la condition de le faire dans l'année de sa majorité; *pourvu que,* dit l'article 9. Ce délai passé, l'étranger reste ce qu'il était par sa naissance; il est dans la situation où se trouve tout étranger.

La loi belge sur la naturalisation, du 27 septembre 1835, a dérogé, en ce point, au code civil. D'après cette loi, la grande naturalisation confère seule la qualité de Belge dans toute sa plénitude, et la grande naturalisation n'est accordée que pour services éminents rendus à l'Etat. Par une exception de faveur, la loi de 1835 (art. 2) admet à demander la grande naturalisation les individus habitant le royaume, nés, en Belgique, de parents y domiciliés sans qu'ils aient besoin de prouver qu'ils ont rendu des services éminents à l'Etat. On a constaté que peu d'étrangers profitent du bénéfice de l'article 9 (3). Les uns

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 440, n° 335.

(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, p. 445, n° 339. Bruxelles, 16 janvier 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 1, 65). Gand, 28 février 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 216).

(3) Il résulte des renseignements qui m'ont été fournis par le ministère de la justice, que le nombre des déclarations faites en vertu de l'article 9,

par ignorance; ils se croient indigènes par le fait de leur naissance sur le sol belge, ce qui est, en effet, le droit commun de l'Europe. D'autres négligent de faire la déclaration par oubli. Il en résulte que ces étrangers, que les auteurs du code civil considéraient comme des naturels moyennant une simple déclaration de volonté, se trouvent dans l'impossibilité d'acquérir la qualité de Belge. Le législateur est venu à leur secours. Toutefois la loi de 1835 est bien moins favorable que le code Napoléon. D'après l'article 9, l'étranger *réclame* l'indigénat, c'est un *droit* qu'il exerce; d'après la loi belge, il doit *demander* la grande naturalisation et on peut la lui refuser. L'article 9 est applicable, alors même que les parents de l'étranger n'auraient pas été domiciliés en Belgique; tandis que la loi de 1835 exige cette condition pour que la grande naturalisation puisse être accordée à l'étranger; de sorte que ceux qui seraient nés de parents non domiciliés ne pourraient pas invoquer le bénéfice de la loi.

La loi de 1835 n'a pas atteint son but. Peu d'étrangers en ont profité, sans doute à cause du droit d'enregistrement de 1,000 francs auquel la grande naturalisation est soumise. Une loi récente du 1er avril 1879 contient une disposition transitoire en leur faveur : « l'individu né en Belgique d'un étranger qui aura négligé de faire devant l'autorité compétente, dans l'année qui a suivi l'époque de sa majorité, la déclaration prescrite par l'article 9 du code civil ou qui aura fait une déclaration nulle ou insuffisante, sera admis à faire encore sa déclaration dans le délai d'une année, à compter du jour de la publication de la présente loi. » C'est une disposition transitoire qui ne remédie pas aux inconvénients que présente la législation française. J'y reviendrai quand j'aurai fait connaître les lois qui ont été portées en France dans le même but.

115. Une loi du 22 mars 1849 releva de la déchéance qu'avaient encourue les étrangers, pour n'avoir pas fait la déclaration exigée par l'article 9, et les déclara aptes à

va en augmentant, mais on ne sait dans quelle proportion, puisqu'on ne connaît pas le nombre des enfants étrangers nés en Belgique.

faire cette déclaration à toute époque de leur vie, pourvu qu'ils eussent satisfait à la loi du recrutement. La loi avait un but politique : elle voulait engager les étrangers à remplir les obligations des citoyens français ; sous cette condition, elle leur permettait de réclamer toujours la nationalité française. En France, on s'est plaint, à plusieurs reprises, des étrangers nés en France ; ils s'abstiennent de faire la déclaration de l'article 9, non par ignorance, mais pour se soustraire à la charge du recrutement. Quand, par erreur, ils sont portés sur la liste du contingent, et désignés par le sort, ils invoquent leur qualité d'étrangers, et s'exemptent du service militaire, au préjudice des jeunes Français, qui en devraient être exemptés par leurs numéros. Ce privilége est d'autant plus odieux, que généralement ces étrangers prennent leur part dans les affouages, et qu'ils exercent, sinon légalement, du moins en fait, tous les droits civils et politiques ; ils se déclarent Français ou étrangers, suivant leurs convenances : Français quand il s'agit d'exercer un droit civil ou politique, étrangers quand ils devraient remplir les devoirs qu'impose la nationalité. Leur situation paraît si avantageuse que, dans les campagnes, les parents donnent à ces étrangers la préférence sur les nationaux quand il s'agit d'établir leurs filles, parce que eux et leurs enfants sont affranchis du service militaire (1).

Ces abus ont déterminé le législateur français à modifier le système du code Napoléon, d'abord par la loi du 7 février 1851, puis par celle du 16 décembre 1874. Cette dernière porte, article 1er : « Est Français tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, à moins que, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française, il ne réclame la qualité d'étranger par une déclaration faite, soit devant l'autorité municipale du lieu de sa résidence, soit devant les agents diplomatiques et consulaires de France à l'étranger. »

La loi de 1874 maintient le principe du code civil pour

(1) Rapport sur la loi du 17 février 1851 (Dalloz, 1851, t. IV, p. 35).

l'enfant né d'un étranger en France ; elle le modifie seulement à la seconde génération, pour les individus nés en France d'un étranger qui lui-même y est né. On a voulu mettre fin à la situation anomale des familles d'étrangers qui n'ont plus aucune nationalité, et qui abusent de leur situation pour échapper, en France et ailleurs, aux charges que la patrie impose ; établis en France sans esprit de retour, ils perdent leur nationalité d'origine, et ils refusent d'en acquérir une nouvelle ; étrangers partout, ils profitent néanmoins des bienfaits de la société civile, et exercent même de fait des droits politiques, le long séjour de leur famille en France les faisant passer pour Français. Le législateur a mis fin à cette situation abusive (1).

Pourquoi le législateur a-t-il attendu jusqu'à la seconde génération pour régulariser la situation des étrangers nés en France ? Dans les rapports faits sur les lois de 1851 et de 1874, on ne trouve d'autre raison que le désir de respecter une disposition fondamentale du code civil. Ce respect n'est-il pas excessif ? Tant qu'il s'agit d'interpréter la loi, on doit la respecter ; je prêche et je pratique ce respect à toutes les pages de mes *Principes de droit civil.* Mais quand on est obligé de modifier le code, l'espèce de culte qu'on lui voue me paraît très déplacé. Or, la loi de 1874 modifie le code à la seconde génération : pourquoi pas à la première ? Si le système du code est mauvais pour les enfants nés, en France, d'un étranger qui y est né, il est facile de démontrer que la loi est aussi mauvaise pour la première génération.

116. Les auteurs du code civil ont témoigné une grande faveur à l'enfant né en France d'un étranger. La naissance sur le sol français lui imprime de fait la nationalité française : le législateur lui a donné un moyen facile de transformer le fait en droit, en n'exigeant qu'une simple déclaration de volonté ; il a supposé que tous les étrangers nés en France profiteraient de cette faveur. Eh bien, il s'est trompé ; en France, les étrangers ne font pas la déclaration afin d'échapper à la loi du recrute-

(1) Voyez les rapports sur la loi de 1851 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1851, 4, 35) et de 1874 (Dalloz, 1875, 4, 78).

ment. En Belgique, on constate que relativement peu d'étrangers font la réclamation prescrite par l'article 9. Donc, le but du code civil est manqué. La loi belge de 1835 est venue au secours des étrangers nés en Belgique : on a supposé qu'ils ne faisaient pas la déclaration par ignorance ou par oubli. Cette première faveur s'est trouvée insuffisante, il a fallu leur en accorder une seconde en 1879; et, les mêmes raisons subsistant, il faudra que le législateur, d'époque en époque, relève les étrangers de la déchéance qu'ils ont encourue. Cela accuse un vice dans le système du code : pourquoi maintenir un système qui manque son but, de sorte que le législateur devra toujours intervenir pour en corriger le défaut? N'est-il pas plus rationnel de corriger le code lui-même?

En France, le législateur est surtout préoccupé des effets politiques de l'article 9 ; il y a porté remède à la seconde génération. Mais le mal existe dès la première. L'enfant né d'un étranger ne satisfera pas au recrutement en France, et il cherchera à y échapper dans sa patrie d'origine. Le plus souvent, il en est exempté légalement. Un Belge s'établit en France sans esprit de retour, il s'y marie; ses enfants seront étrangers comme leur père, et ils le sont partout, ils n'ont plus de patrie. Le législateur doit-il maintenir une pareille situation? Non certes; car c'est une situation immorale. Si Dieu donne une patrie à tout homme, si, par conséquent, toute personne a droit à avoir une patrie, il faut dire aussi que toute personne *doit* avoir une nationalité, c'est une obligation tout ensemble et un droit. La société civile impose des charges à ses membres; il y a une de ces charges qui, dans les temps modernes, paraît et est en effet très lourde, c'est le service militaire. Dans un âge industriel et commercial, les hommes n'ont plus le goût de la profession des armes, la loi doit leur imposer le service militaire, et la charge devient accablante à raison de l'état de paix armée où vit l'Europe. On conçoit que les hommes voués à une carrière pacifique cherchent à y échapper. Le moyen est très simple : on abdique sa nationalité en s'établissant à l'étranger sans esprit de retour; on devient Suisse ou Américain pour

frauder la loi du recrutement en Prusse ou en France. C'est un cosmopolitisme d'un mauvais aloi : la patrie est partout et elle n'est nulle part. Egoïstes, indifférents à la destinée du pays où ils sont établis, ces cosmopolites jouissent des bienfaits de la société, sans en supporter la charge la plus lourde. Faut-il nourrir l'égoïsme et favoriser l'indifférence politique? Ce serait ruiner la société dans ses fondements. Le législateur doit donc veiller à ce que tout homme ait une patrie.

117. Lors de la discussion du projet de code civil au conseil d'Etat, Napoléon se préoccupait du côté politique de la question de nationalité. Il aurait voulu que l'étranger né en France fût réputé Français, afin qu'il fût soumis au service militaire (n° 109). Rien de plus légitime. Il ne doit pas y avoir, dans le sein d'une société, des hommes qui se soustraient aux charges qu'elle impose, tout en profitant des bienfaits qui résultent de l'association. Mais Napoléon allait trop loin en voulant que tout individu né en France fût Français. C'était le principe de territorialité de l'ancien droit, il ne tenait aucun compte de la nationalité d'origine qui appartient à l'étranger. Le fils d'un Anglais qui naît en France est Anglais de race; de quel droit la loi lui enlèverait-elle sa nationalité anglaise, en le déclarant Français sans sa volonté et malgré lui? Le code civil a pris en considération la nationalité d'origine, et la naissance sur le sol français, et il a cherché à concilier les deux principes, de la nationalité de race et de la nationité de fait, en donnant à l'étranger né en France le droit d'opter entre ses deux patries : le législateur lui permet de réclamer la qualité de Français, dans l'année de sa majorité; s'il ne le fait pas, il opte par cela même pour sa nationalité d'origine. C'est le vrai principe, en ce sens que l'enfant né d'un étranger en France, ayant une nationalité d'origine, doit avoir le droit de la conserver, et il doit aussi avoir le droit de réclamer la nationalité française que lui donne sa naissance sur le sol français. Le code prescrit à l'étranger de faire son option dans l'année de sa majorité, afin que sa condition soit certaine, dès qu'il arrive à l'âge où l'homme a l'exercice de ses droits; il

faut que l'on sache s'il est Français ou s'il appartient à une nation étrangère. Cela est nécessaire, non seulement pour l'exercice des droits que donne la nationalité, mais aussi pour les charges qu'elle impose; si l'enfant né en France n'opte pas pour la nationalité française, il conservera sa patrie d'origne, et il y remplira ses obligations de citoyen.

Telle est la théorie du code Napoléon. Une expérience presque séculaire atteste que le système du code n'a pas atteint le but qu'il a en vue. La plupart des étrangers ne font pas la déclaration prescrite par l'article 9. Est-ce à dire qu'ils entendent opter pour leur patrie d'origine, et qu'ils y remplissent les obligations que la patrie impose? Non. En Belgique, le législateur lui-même a constaté que les étrangers nés sur le sol belge ne font pas la déclaration par ignorance de la loi ou par négligence : ils se croient Belges de droit, parce qu'ils sont Belges de fait; ils ne savent pas que le code civil exige d'eux une déclaration, une option; comment le sauraient-ils? C'est au sortir de la minorité qu'ils sont appelés à faire l'option, c'est-à-dire à une époque où ils entrent seulement dans la vie politique. L'année se passe, les voilà étrangers, alors qu'ils voudraient être Belges. Le législateur est venu à leur aide, en 1835, puis en 1879; il sera encore obligé de les relever d'une déchéance qui menace toujours les nouvelles générations. Est-ce que ces étrangers restent au moins citoyens de leur patrie d'origine? Et remplissent-ils les charges qu'elle leur impose? Non, la plupart ont perdu leur nationalité d'origine en s'établissant en Belgique sans esprit de retour. Ils sont étrangers partout, sans patrie, ce qui est une situation contraire à la nature, contraire aux desseins de Dieu, contraire aux intérêts de tous les Etats.

En France, la situation est plus grave encore. Le législateur s'est plaint, en 1849, en 1851, en 1874, que les étrangers, nés en France, y échappent au service militaire; ils ne font pas la déclaration de l'article 9, et c'est à dessein qu'ils ne la font pas, pour se soustraire au recrutement; ils ne remplissent pas non plus leurs devoirs de citoyen dans leur patrie d'origine, ils n'en ont plus, et ils trouvent plus commode de ne pas en avoir ; cosmopo-

lites de la pire espèce, ils invoquent leur qualité d'étrangers pour se dispenser des charges imposées aux Français, ce qui ne les empêche pas d'exercer les droits civils et même politiques qui n'appartiennent qu'aux citoyens. Le législateur français a cherché un remède à ce mal; en déclarant Français de plein droit les enfants nés d'un étranger né aussi d'un étranger en France, sauf à eux à opter, dans l'année de leur majorité, pour leur nationalité d'origine, en prouvant qu'ils l'ont conservée. Ce droit d'option concilie tous les droits et tous les intérêts.

118. Pourquoi n'étendrait-on pas à la première génération le principe que la loi française établit pour la seconde? La loi déclarerait Français de plein droit les enfants nés d'un étranger en France, en leur permettant d'opter à leur majorité pour leur nationalité d'origine. Au fond, ce principe est identique avec celui de l'article 9: l'enfant né en France d'un étranger a l'option entre sa patrie d'origine et la patrie que lui donne sa naissance sur le sol français. Seulement le code, le considérant comme étranger, veut qu'il opte, à sa majorité, pour la nationalité française s'il veut l'acquérir; tandis que je voudrais qu'il fût réputé Français à moins qu'il n'optât pour la nationalité étrangère. C'est la proposition que j'ai faite dans l'avant-projet de revision du code civil; je l'ai longuement motivée dans mon rapport à M. le ministre de la justice. Ici, je dois me borner à établir que l'option modifiée atteint le but que les auteurs du code avaient en vue, tandis que l'option de l'article 9 aboutit à des conséquences contraires à l'intention du législateur. Le code Napoléon part du principe que l'enfant né en France d'un étranger est Français de *fait;* il lui permet, en conséquence, de *réclamer* la nationalité française comme un *droit,* et il suppose que les étrangers feront cette réclamation. En réalité, ils ne la font point, le but de la loi est manqué. Dans ma proposition, qui est le système de la loi française de 1874, la loi déclare Français les étrangers nés en France, sauf à eux à opter pour leur patrie d'origine. Le principe est identique au fond avec celui du code civil, car l'article 9 répute aussi Français les enfants

nés en France, puisqu'ils peuvent *réclamer* la nationalité française ; il le décide ainsi en se fondant sur une probabilité, qui est, en effet, très grande : c'est que les étrangers nés en France ont abdiqué leur patrie d'origine ; dès lors, le législateur est en droit de présumer qu'ils veulent être Français. Vainement, les étrangers diraient-ils qu'ils ne veulent pas l'être, ce serait dire qu'ils veulent être sans patrie ; or, la loi ne doit tenir aucun compte d'une pareille volonté, parce qu'elle est contraire à la nature et à la morale. Il faut que tout homme ait une patrie : tel est le principe, et il ne saurait être contesté. Tout en réputant Français les enfants nés d'un étranger en France, le législateur ne leur impose pas la nationalité française ; ils sont libres d'opter pour leur patrie d'origine, en supposant qu'ils l'aient conservée.

L'option, ainsi entendue, prévient tous les inconvénients attachés au système de l'article 9. Il y a des étrangers, et en Belgique c'est le grand nombre, qui veulent acquérir la nationalité que la naissance leur donne, et ils la perdent, par ignorance, par oubli, parfois par un simple vice de forme qui annule leur déclaration. N'est-il pas plus rationnel de les déclarer indigènes, puisque tel est leur vœu, sauf à réserver au très petit nombre de ceux qui veulent conserver leur patrie d'origine le droit d'opter pour la nationalité étrangère? La question des charges, qui préoccupait Napoléon, et à juste titre, est résolue : l'étranger né en France, étant Français, sera soumis au recrutement, à moins qu'il n'opte pour sa patrie d'origine s'il l'a conservée, et alors son option, portée à la connaissance du gouvernement étranger, l'obligera de remplir ses devoirs de citoyen dans la patrie pour laquelle il a opté. Dans le système du code, au contraire, l'étranger, en s'abstenant de faire une déclaration, se soustrait partout au service militaire, ce qui est immoral et contraire à l'intérêt public. Il n'y a qu'une difficulté dans mon système, c'est que le recrutement se fait d'ordinaire avant la majorité, en Belgique, à dix-huit ans ; que fera-t-on de l'étranger, réputé Français, et qui, à sa majorité, peut se déclarer étranger? On pourra exiger, comme je l'ai proposé, que l'option se

fasse au moment où l'étranger peut être appelé au service, dans sa dix-neuvième année. C'est, il est vrai, une dérogation aux principes généraux : peut-on permettre au mineur de faire une option de nationalité alors qu'il est incapable d'aucun acte de la vie civile? L'objection n'est pas si grave qu'elle en a l'air. Le code civil permet au mineur de dix-huit ans de se marier et de disposer de son avenir, il permet à la femme âgée de quinze ans d'abdiquer sa nationalité, en épousant un étranger; la loi française de 1874 permet elle-même une déclaration de nationalité aux jeunes gens qui veulent entrer à l'école polytechnique. Voilà des précédents. On peut d'ailleurs exiger l'intervention de la famille; et c'est bien la famille qui règle l'avenir du jeune homme arrivé à l'âge de dix-huit ans; on sait alors d'une manière certaine quelle nationalité il lui importe de conserver ou d'acquérir. Je renvoie, pour le développement de ces principes, à mon rapport sur le projet de revision du code civil.

Ce qui, à mon avis, est décisif en faveur du nouveau principe, c'est qu'il met fin aux calculs de l'égoïsme et de l'indifférence, cette lèpre de notre état social. C'est une mauvaise législation que celle qui favorise ces spéculations, et telle est bien la législation du code civil. Telle n'était certes pas la pensée des auteurs du code ; ils voulaient qu'à vingt et un ans, l'étranger né en France optât, ce qui voulait bien dire qu'il fût citoyen d'une patrie quelconque. Mais le résultat a été tout différent. Les étrangers ne font aucune déclaration et ils n'ont aucune patrie. Il faut corriger une anomalie qui favorise les calculs de l'égoïsme. Le législateur est en droit de dire aux étrangers nés sur le sol national : « Vous êtes Français par votre éducation, vos sentiments, vos idées; je vous déclare Français de droit. Toutefois, je ne vous impose pas la nationalité française. Vous êtes libres d'opter pour votre nationalité d'origine, mais cette option doit être sérieuse; si vous préférez votre patrie d'origine, vous remplirez aussi les obligations qu'elle impose. Je n'admet point que l'on se fasse étranger partout, afin de se soustraire partout aux charges de la société civile. »

N° 1. LÉGISLATION ÉTRANGÈRE.

119. Le but de ces Etudes est d'arriver à la conciliation des principes différents qui régissent le droit civil international chez les diverses nations. Je me suis permis de critiquer le système du code Napoléon, dans l'application qu'il a reçue, plutôt que dans son fondement. Il y a deux principes en conflit, celui de la territorialité et celui de la race. Le premier était jadis universellement admis ; découlant du régime féodal, il s'est maintenu là où la féodalité civile règne encore dans les lois. Tel est le droit commun de l'Angleterre et des Etats-Unis ; la nationalité se détermine par la naissance sur le sol, et elle est indépendante de la volonté de celui que la naissance a fait Anglais ou Américain. Je reviendrai sur l'*allégeance* de la *common law :* c'est le principe de la territorialité poussé jusque dans ses derniers excès. Les auteurs du code Napoléon voulaient maintenir le principe de territorialité ; les légistes du conseil d'Etat étaient attachés à la tradition, mais une assemblée née de la révolution, et portant un nom révolutionnaire, le Tribunat, combattit vivement la vieille théorie ; il y vit un débris de la féodalité, et proposa de revenir au droit romain, qui détermine la nationalité d'après la race. Le nouveau principe conduisait logiquement à répudier d'une manière absolue toute influence du territoire sur la nationalité. Le législateur n'alla pas si loin. Il fit une part à la territorialité dans l'article 9 ; la naissance sur le sol français permet à l'étranger de *réclamer* la qualité de Français ; donc de droit, le territoire donne la nationalité à celui qui y naît. Ce n'est pas le principe féodal, c'est plutôt l'éducation et la vie commune qui impriment la nationalité à l'étranger né et élevé au milieu d'une population française. Aussi la territorialité n'est-elle plus une puissance fatale, comme dans la *common law* anglaise : la volonté y joue un rôle, c'est par voie d'option que l'étranger devient Français. Voilà une transformation du principe territorial que la science peut accepter, et c'est aussi une satisfaction donnée au droit anglo-américain : il y a là un terrain sur

lequel les lois diverses pourront s'entendre, quand le jour viendra où la diplomatie s'occupera de réaliser entre les nations l'idéal de la communauté de droit. C'est la raison pour laquelle je m'arrête à la législation étrangère, et notamment aux codes qui procèdent du code Napoléon; ils ont donné au principe de territorialité une importance qu'il n'avait point en droit français, mais aussi, ils l'ont modifié. Ce sont ces modifications que je vais exposer et discuter.

120. Je commence par transcrire les textes.

I. Le code des Pays-Bas porte, article 5: « Sont Néerlandais :

« 1° Les individus nés dans le royaume ou dans ses colonies de *parents qui y sont domiciliés.* 3° L'individu *né dans le royaume,* même de *parents non domiciliés,* pourvu qu'il y ait fixé son *domicile.* 4° L'enfant né *à l'étranger*, de *parents domiciliés dans le royaume* ou ses colonies, et *absents momentanément* ou pour service public. »

Ainsi le fait auquel le législateur néerlandais attache l'acquisition de la nationalité, c'est le *domicile des parents* plutôt que la *naissance sur le sol des Pays-Bas ;* quand les parents ne sont pas domiciliés, la loi exige que les enfants le soient. Du reste le législateur n'exige aucune déclaration de volonté et il n'admet aucune option. C'est l'ancien système territorial, avec la condition du *domicile.* L'établissement du *domicile* est considéré comme une manifestation tacite de la volonté des parents ou de l'enfant de rester attachés à demeure à leur nouvelle patrie.

II. Le code sarde porte, article 24 :

« L'enfant né, dans les Etats sardes, d'un étranger qui y a établi son *domicile* avec l'intention de s'y *fixer à perpétuelle demeure,* est considéré comme sujet.

« A défaut de preuve contraire, l'*intention* de *fixer* son *domicile* sera toujours *présumée* lorsque l'étranger aura *conservé* son *domicile* dans les Etats sardes pendant *dix années* entières et consécutives.

« La résidence dans les Etats sardes pour affaires de commerce, lors même qu'elle aura été prolongée pendant

dix ans, ne pourra suffire pour faire présumer l'intention de perpétuelle demeure. »

C'est le système néerlandais du *domicile*, sauf que le législateur sarde exige la preuve que le domicile a été fixé dans le royaume avec l'intention de s'y fixer pour toujours.

III. Le code italien a consacré le même système, mais avec une modification importante :

« Est réputé citoyen (c'est-à-dire Italien), l'enfant né dans le royaume d'un étranger qui y a *fixé son domicile depuis dix ans sans interruption*. La résidence pour fait de commerce ne suffit pas pour déterminer le domicile » (art. 8).

Voilà le principe. Vient la restriction :

« L'étranger peut néanmoins *choisir la nationalité d'origine* en faisant son option dans l'année de sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi italienne, devant l'officier de l'état civil de sa résidence, ou, s'il se trouve à l'étranger, devant les agents diplomatiques ou consulaires.

« Si l'étranger n'est pas domicilié depuis dix ans dans le royaume, l'enfant sera réputé *étranger*. Il pourra néanmoins devenir *citoyen* en faisant la déclaration prescrite par le paragraphe précédent et en établissant son domicile dans le royaume, dans l'année de la déclaration. »

Enfin, il y a des cas où l'étranger *né en Italie* de *parents y domiciliés* devient Italien de plein droit. C'est : 1° quand il remplit un emploi public ; 2° quand il a servi ou sert dans l'armée italienne ; 3° s'il a satisfait autrement à la loi du recrutement sans exciper de son extranéité. »

Ce système est un mélange du principe néerlandais qui se contente du *domicile* et du principe de l'*option* du code Napoléon combiné avec la loi française de 1851.

IV. Le code de Pologne se contente, comme le code des Pays-Bas, du domicile : « Est considéré comme Polonais quiconque *est né à l'intérieur* ou *hors du royaume*, d'un *étranger* ayant son *domicile* en Pologne » (art. 9, 2°).

V. Le code de Portugal s'attache également au *domi-*

cile, mais il exige que « le *père* soit *domicilié depuis dix ans* » (art. 17).

121. Il y a un caractère qui distingue toutes ces législations, c'est qu'elles exigent un domicile plus ou moins long des parents de l'enfant pour que celui-ci acquière la nationalité du pays où il voit le jour. Le domicile est-il une garantie? On suppose que la famille, par une longue résidence à l'étranger, se nationalise de fait, et que, par suite, l'enfant naît pour ainsi dire indigène. La résidence, par elle seule, n'est pas une garantie d'établissement permanent; il faudrait au moins le domicile, c'est-à-dire le principal établissement, dans le sens de l'article 102 du code Napoléon. Cette condition est très difficile à prouver pour un étranger, puisqu'il n'a point son domicile d'origine dans le pays où il réside; il faudrait donc tenir compte de l'intention, et comment savoir dans quelle intention l'étranger s'établit hors de sa patrie? Les législateurs eux-mêmes, à l'exemple du code français, ne veulent pas que l'on prenne en considération les établissements de commerce. Je crois que cette distinction est surannée; un étranger commerçant peut s'établir à demeure en Belgique ou en France, aussi bien qu'un étranger non commerçant: à Verviers, à Anvers, il y a un grand nombre de commerçants étrangers qui sont devenus Belges de fait d'abord, puis de droit. Toujours est-il que l'exception que les codes font pour les établissements de commerce prouve combien il est difficile de constater la condition du domicile. Il faudrait exiger la condition que l'étranger se soit établi en France sans esprit de retour; mais cette preuve est si difficile que le législateur italien a eu recours à des présomptions pour mettre fin à l'incertitude, en prescrivant un domicile de dix ans. Cela me paraît peu juridique, et, en tout cas, arbitraire. Si je vends tout ce que je possède dans ma patrie, et si je la quitte avec ma famille pour émigrer, le fait seul de l'émigration atteste que je veux acquérir une nouvelle patrie; tandis que si je m'établis à l'étranger, avec esprit de retour, un séjour de toute une vie ne suffirait pas pour établir la volonté contraire. Tout dépend donc de l'intention. Mais l'intention n'est pas toujours arrêtée

au moment où un étranger vient chez nous; il y vient peut-être avec l'esprit de retour et insensiblement il s'attache au pays où il réside et il ne songe plus à le quitter. Comment saisir la pensée mobile de l'homme? jusqu'à quand est-elle changeante et quand se fixe-t-elle? Tout cela est d'une incertitude extrême. Une chose est évidente, c'est que le domicile ne fait point connaître l'intention de l'étranger. Aussi le législateur italien, après avoir accordé l'indigénat à l'étranger né de parents domiciliés depuis dix ans en Italie, permet-il à l'étranger de réclamer la qualité de citoyen moyennant une simple déclaration, quand même les parents seraient domiciliés depuis moins de dix ans, ce qui aboutit à dire que la condition du domicile est abandonnée et que le législateur revient au système français. A mon avis, ce système est le meilleur; il est le plus simple, ce qui est un immense avantage; le fait de la naissance sur le sol français suffit; si l'on exige une déclaration d'intention, c'est que l'étranger ne peut pas être dépouillé, sans sa volonté, de sa patrie d'origine; il faut donc une option quelconque; et si la loi le déclarait Français par le fait de sa naissance, sauf à lui permettre l'option pour la nationalité d'origine, le problème serait résolu.

Je dois encore m'arrêter au système néerlandais, qui paraît plus simple encore et plus libéral que le système français : le code des Pays-Bas n'exige qu'une condition, le domicile des parents, de sorte que la naissance sur le sol néerlandais n'est pas même de rigueur. Mais qu'est ce que ce domicile? Il est très difficile de le définir. Le code dit : *ingezetenen;* dans le projet de 1820 on donnait la définition de ceux qui étaient considérés comme tels : « alle zoodanigen die, hier te lande, hunne *vaste woonplaats* hebben : » « tous ceux qui, dans ce pays, ont une *habitation fixe.* » C'est plus que la *résidence* et ce n'est pas le *domicile légal* (1). Cela est très vague dans une matière où tout doit être d'une certitude mathématique. Il y a un autre vice dans le système néerlandais : c'est qu'il

(1) Diephuis, *Het nederlandsch burgerlijk regt*, t. Ier, p. 19.

impose à l'étranger la nationalité de son domicile, sans lui permettre de conserver sa nationalité d'origine : libéral en tant qu'il accorde facilement la nationalité néerlandaise, il devient injuste en ce qu'il enlève à l'étranger un droit qu'il tient de son origine, C'est méconnaître entièrement le principe de *race* et tout rapporter au *domicile,* qui prend la place de l'élément territorial de l'ancien droit. Sous ce rapport le système du code Napoléon est préférable. Il tient compte tout ensemble de la naissance sur le sol et de l'origine.

122. Je dois prévoir une objection que l'on fait contre le principe de la naissance sur le territoire comme seule condition de la nationalité. On dit que la nationalité est chose trop précieuse pour la donner à l'étranger qui naît par hasard sur le territoire d'un pays. Cela a déjà été dit au Tribunat. Je réponds que ce reproche s'adresse aussi au code civil : d'après l'article 9, l'enfant né d'un étranger en France, fût-ce par accident, peut réclamer la qualité de Français sans autre condition que sa naissance fortuite sur le sol français. Au moins, dira-t-on, cet étranger tient à la nationalité française puisqu'il la réclame, tandis que je propose de le déclarer Français de plein droit, comme le fait le code des Pays-Bas, sans qu'il le sache et sans qu'il le veuille. Il est vrai que cela peut arriver, comme il arrive, sous l'empire du code civil, que l'on reste étranger sans le savoir et sans le vouloir. Quand on établit une règle, on ne peut pas tenir compte de ces hypothèses exceptionnelles ; pourvu que la règle soit fondée en raison et applicable aux cas ordinaires, on doit négliger les cas rares où la règle n'a plus de raison d'être.

Il y a encore une autre réponse à faire à l'objection et elle est péremptoire. L'objection s'adresse à l'ancien droit et au système néerlandais qui ne permettent pas à l'étranger d'opter pour leur nationalité d'origine. Mais dès que l'étranger peut conserver la patrie de ses ancêtres moyennant une simple déclaration, ses droits sont sauvegardés. Il dépend de lui d'acquérir la nationalité qu'il tient de son lieu de naissance ; il suffit pour cela qu'il ne fasse

« Bien que le père ait perdu la qualité de Français, le fils n'en est pas moins formé de sang français; la perte de cette qualité n'est qu'un accident qui est personnel au père, fruit de son inconstance ou de son inconduite. Pourquoi la naissance du fils en souffrirait-elle? S'il ne partage pas les sentiments de son père, s'il porte les regards vers la patrie que la nature lui destinait, s'il y est ramené par son amour pour elle, pourquoi ne l'y recevrait-elle que comme un étranger? Elle doit le traiter comme un enfant qui vient retrouver sa famille et qui invoque la faveur de son origine (1). »

L'article 10 dit que l'enfant *recouvre* la nationalité française. Ce terme est impropre; il est impossible que l'enfant *recouvre* la qualité de Français qu'il n'a jamais eue et qu'il n'a pu perdre. Siméon, le rapporteur du Tribunat, nous dira pourquoi les auteurs du code se sont servis du mot recouvrer : « L'étranger *acquerra*, l'originaire français *recouvrera*. Son père a pu perdre sa qualité, mais il n'a pu altérer tout à fait le sang français qui coule dans les veines de son enfant; il n'a pu lui enlever ses *aïeux;* et si cet enfant, meilleur que son père, veut rentrer dans sa patrie, elle lui ouvrira ses bras, non comme à un enfant nouveau qu'elle *acquiert*, mais comme à un enfant qu'elle *recouvre* (2). »

C'est la *patrie* qui recouvre un de *ses enfants*. Tel est le motif de la faveur que la loi témoigne à l'enfant qui veut rentrer dans la patrie de ses ancêtres : il peut *toujours* recouvrer sa qualité de Français, tandis que l'enfant né d'un étranger en France doit faire une déclaration dans l'année de sa majorité. La loi suppose que l'enfant est né en pays étranger, et il en sera presque toujours ainsi, puisque sa famille est expatriée; mais la supposition n'est pas une condition. Le fait que l'enfant naît en France ne lui enlève rien de la faveur due à son origine, donc ce fait ne peut porter aucune atteinte à son droit. En réalité, les mots *en pays étranger* sont un vice de ré-

(1) Boulay, *Exposé des motifs*, n° 6 (Locré, t. Ier, p. 423).
(2) Siméon, Rapport, n° 3 (Locré, t. Ier, p. 431).

daction, comme on peut le voir dans mes *Principes de droit civil* (1).

125. L'enfant né d'une mère française et d'un père étranger peut-il invoquer le bénéfice de l'article 10? La question est controversée et il y a un doute. Je me suis prononcé en faveur de l'enfant. Il est certain que cette opinion est en harmonie avec l'esprit de la loi. Le code accorde une faveur à l'enfant qui a du sang français dans les veines : qu'importe que ce sang vienne de la mère ou du père? La cour de cassation a consacré l'opinion contraire en se fondant sur ce que l'enfant né d'un père étranger et d'une mère française naît étranger, ce qui est vrai; mais l'enfant né d'un Français qui a perdu la qualité de Français naît aussi étranger; si la loi l'admet à *recouvrer* sa nationalité d'origine, c'est en considération de cette origine; le motif de décider est donc identique. La cour insiste longuement sur les travaux préparatoires; tout ce que l'on en peut induire, c'est que la difficulté n'a pas été prévue, dès lors on ne peut pas dire qu'elle ait été décidée (2). Il s'agit d'interpréter la loi; c'est une disposition de faveur, il faut donc préférer l'interprétation la plus favorable. En tout cas, la solution n'est pas douteuse en théorie; quand le législateur sera appelé à se prononcer, il se décidera certainement en faveur de l'enfant. C'est ce que j'ai proposé dans l'avant-projet de revision du code civil.

126. L'enfant qui profite du bénéfice de l'article 10 devient Français de plein droit moyennant une simple déclaration de volonté. Le texte est aussi formel que l'esprit de la loi. Cependant on a soutenu l'opinion contraire en s'appuyant sur quelques paroles prononcées au conseil d'Etat. Je renvoie à mes *Principes de droit civil :* on voit ici le danger qui résulte de l'abus que l'on fait des travaux préparatoires. Plusieurs membres du conseil manifestaient la crainte que les enfants d'émigrés ne profitassent de l'article 10 pour rentrer en France. On répondit que le

(1) Voyez, mes *Principes*, t. Ier, p. 450, n° 343. En ce sens, arrêt de la cour de cassation de Belgique, du 24 février 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 1, 130).

(2) Cassation du 24 février 1874, et Rejet du même jour, (*Pasicrisie*. 1874, 1, 130).

gouvernement pourrait toujours repousser la *demande* de ceux dont la présence lui paraîtrait dangereuse. De là Guichard conclut que les enfants d'un ci-devant Français doivent *demander* et *obtenir* l'autorisation du gouvernement pour rentrer en France (1). C'est ajouter une condition à l'article 10; et par conséquent le modifier. Il est déjà dangereux de se prévaloir de ce qui a été dit au conseil d'Etat pour expliquer le sens de la loi, car l'on trouve dans les discussions à peu près ce que l'on veut : que sera-ce si on les invoque pour faire la loi? Car prescrire des conditions que le législateur n'a pas établies, c'est faire la loi. L'enfant de l'article 10 ne demande rien ; on n'a donc rien à lui refuser. Ce n'est pas une naturalisation, laquelle suppose une demande et une concession et, d'après la législation belge, l'intervention du pouvoir législatif: l'enfant d'un ci-devant Français *recouvre* la nationalité de ses ancêtres par le seul bénéfice de la loi, tandis que l'étranger, en général, doit demander la naturalisation, et on peut la lui refuser.

127. Les enfants du premier degré peuvent seuls profiter du bénéfice de la loi. Cette restriction résulte du texte et de l'esprit de l'article 10. La loi parle de l'*enfant* né d'un *Français* qui aurait perdu cette qualité; or, on ne peut pas dire des *descendants* qu'ils naissent d'un *Français* qui a *perdu* la *qualité de Français*; car ils naissent d'un *étranger* qui n'a jamais été Français. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Elle suppose que le désir de rentrer dans sa patrie d'origine subsiste chez l'enfant dont le père a perdu sa nationalité. Ce désir se conçoit chez l'enfant du premier degré; quoique né à l'étranger, il est élevé dans une famille française; les premiers sons qui frapperont son oreille seront d'ordinaire ceux de la langue française : Français de langue, il le sera aussi de génie. Dès la seconde génération, l'influence de race se perd; l'enfant ne saura plus que ses aïeux ont été Français : élevé comme étranger, comment songerait-il à recouvrer une patrie qu'il ignore?

(1) Guichard, *Traité des droits civils*, n° 72.

ARTICLE II. DU CHANGEMENT DE NATIONALITÉ.

§ I. *Le droit. L'émigration.*

128. L'homme a-t-il le droit de changer de nationalité? Aujourd'hui ce droit n'est plus contesté, c'est une conséquence de la liberté individuelle inscrite dans nos constitutions. Toutefois il y a des nations puissantes et précisément celles qui se distinguent par leur esprit de liberté, les Anglais et les Américains, chez lesquels ce droit n'existe que d'hier. La reconnaissance de ce droit est une vraie révolution dans la *common law*. Je suis donc obligé de remonter le cours des âges pour découvrir l'origine de la faculté que l'homme a de changer de patrie en émigrant. Le développement historique du droit est une étude pleine d'intérêt quand on la fait au point de vue de la loi qui préside aux destinées de l'humanité : c'est un témoignage en faveur du progrès et par conséquent une force pour notre science qui a pour but de constituer l'unité du genre humain dans le domaine des intérêts privés.

Dans cet ordre d'idées, nous pouvons constater sans honte comme sans colère que l'immense majorité des hommes commencèrent par être attachés à la glèbe comme des immeubles par destination. Telle était la condition des serfs au moyen âge; le maître avait le droit de les suivre et de les revendiquer partout où il les trouvait. On en fait un crime à la féodalité, c'est-à-dire à la race germanique qui y domine. C'est oublier la condition des populations esclaves qui, dans l'antiquité, peuplaient la terre; si l'homme libre disposait de sa personne, à sa volonté, c'était à la condition que les esclaves cultivassent les champs, les fers aux pieds (1), comme les forçats dans nos bagnes. Le monde ancien mourut pour avoir pratiqué la servitude; le christianisme même ne songea pas à rompre les chaînes des nations d'esclaves que les grands propriétaires plaçaient sur leurs immenses domaines comme des instruments de culture. Dois-je rappeler l'horrible

(1) *Catenati cultores.*

législation des colonies à esclaves, où il se trouvait une Eglise propriétaire d'esclaves et où l'on dressait des chiens à la chasse des nègres, comme si c'eût été des bêtes fauves? La race germanique inaugura la révolution qui affranchit les esclaves, en les transformant en serfs. Si les serfs étaient attachés à la glèbe, ils étaient cependant considérés comme des personnes capables de droit : le lien qui les rivait à la terre fut brisé et la liberté devint la condition générale du genre humain.

Les germes de cette liberté se trouvent dans la féodalité, dont on peut maudire les abus, mais dont on doit aussi reconnaître les bienfaits. On croit d'ordinaire que les classes sociales au moyen âge étaient séparées par une barrière insurmontable, presque comme des castes : les seigneurs et les serfs, les premiers, rois dans leur baronnie, les autres à moitié esclaves. Il n'en est rien. Le fief est si peu souverain que l'on a dit, et avec raison, qu'il est une espèce de servitude (1). Le vassal doit des services à son suzerain, comme le serf à son maître; l'un et l'autre sont *hommes* d'autrui. L'analogie est si grande que le plus savant des germanistes déclare qu'il est impossible de dire lequel des deux, du vassal ou du serf, est le type (2). Le vassal est le serf de l'ordre le plus élevé, le serf est un vassal d'un ordre inférieur. On voit des vassaux vendus, donnés, légués par leurs seigneurs, de la même manière que les serfs par leurs maîtres (3). Mais les vassaux n'étaient pas attachés à la glèbe; ils étaient tenus, comme le dit le serment qu'ils prêtaient en faisant hommage à leur suzerain, à raison des terres qu'ils recevaient de lui : « Oyez-vous, mon seigneur, que je à vous serai féal et loyal, et foi à vous porterai des *tènements* que je demande à *tenir* de vous, et que loyalement à vous ferai les coutumes et services que faire à vous dois : ainsi m'aident Dieu et les saints (4)! » Le lien que l'hommage

(1) Godefroy l'a dit au XVI[e] siècle, alors que la véritable liberté reparut: *Feudum est species servitutis.*
(2) Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, p. 280.
(3) Guerard, *Polyptique d'Irminon*, t. I, p. 422.
(4) Ducange, Glossaire, au mot *Fidelitas.*

créait entre le vassal et le seigneur était celui d'un contrat : « Le seigneur est tenu à son homme, comme l'homme à son seigneur, fors que seulement en révérence (1). » En ce sens, le vassal était libre comme le suzerain ; s'il était tenu, comme homme, c'est à raison des terres qu'il tenait de lui ; ce lien pouvait être brisé à volonté par le vassal, il n'était obligé que parce qu'il tenait un fief ; s'il abandonnait le fief, il cessait d'être obligé (2). Le vassal pouvait donc quitter un seigneur pour s'attacher à un autre, ce qui revient à dire, dans le langage moderne, qu'il pouvait changer de nationalité. Il faut dire plus, sa liberté était bien plus grande que celle de l'homme libre d'aujourd'hui ; celui-ci est lié à sa patrie, en ce sens qu'il ne peut pas acquérir une autre nationalité, tant qu'il conserve sa nationalité d'origine ; tandis que, sous le régime féodal, un vassal pouvait tenir des terres de plusieurs suzerains ; il était, par cela même, membre de sociétés diverses, souvent hostiles. Le comte de Flandre était vassal du roi de France et de l'empereur d'Allemagne, parfois encore du roi d'Angleterre (3). Un grand nombre de barons de la Flandre étaient vassaux du roi d'Angleterre au douzième siècle (4). Quelle était la conséquence de cette confusion des nationalités ? C'est que les seigneurs étaient reconnus partout comme membres de l'aristocratie féodale ; nous dirions aujourd'hui qu'ils étaient citoyens partout et étrangers nulle part : voilà pourquoi ils n'étaient pas soumis au droit d'aubaine. On lit dans la coutume de Vitry (art. 72) : « En noblesse ne gît épavité ; qui est à entendre que les nobles natifs et demeurant ès pays d'Allemagne, Brabant, Lorraine ou ailleurs hors du royaume, succèdent à leurs parents décédés. » Cependant les étrangers ne pouvaient pas succéder.

(1) Britton, chap. LXVIII. Beaumanoir, XI, 28.

(2) Brussel, *Des fiefs*, t. Ier, p. 350 et suiv. *Assises de Jérusalem*, chap. CCL.

(3) Chantereau-Lefèvre, *Traité des fiefs*, liv. Ier, chap. XV : *De la manière d'être vassal de plusieurs seigneurs, sans violer sa foi.*

(4) Rymer, *Fœdera*, t. I, p. 23 : « Recognitio baronum, castellanorum et cæterorum hominum comitis Flandriæ, de servitio quod debent Henrico regi Angliæ, tanquam domino suo, pro feodis quæ de ipso tenent. »

Il y avait donc une classe d'hommes, libres par excellence, qui n'étaient étrangers nulle part, et citoyens partout. Singulier cosmopolitisme que les anciens ignoraient, que les peuples modernes ne connaissent plus depuis que les nations ont remplacé les seigneuries. Toujours est-il que nous trouvons au moyen âge le premier germe de notre doctrine moderne : la liberté générale a remplacé la liberté privilégiée des barons féodaux : l'homme est homme partout, et il doit jouir partout des droits sans lesquels l'homme ne saurait vivre, c'est-à-dire des droits privés. Si l'homme ne peut être citoyen partout, du moins a-t-il la faculté de devenir membre d'une autre nation, en abdiquant sa patrie d'origine.

129. Il a fallu bien des siècles et des révolutions pour conquérir cette liberté. Les serfs achetèrent la liberté de leur personne, moyennant des redevances et des corvées. En même temps que la liberté générale gagnait, la liberté privilégiée de l'aristocratie féodale se perdait. Au moyen âge, il n'y avait pas de nations; quand elles se constituèrent, la souveraineté se montra plus exclusive que le pouvoir des suzerains. Les vassaux devinrent sujets du roi, aussi bien que les serfs affranchis, et les rois attachèrent tous leurs sujets au sol de la patrie, comme jadis les serfs étaient attachés à la glèbe. « Les *Français,* dit Bacquet, ne peuvent *se retirer du royaume* de France, et s'*habituer en pays étranger*, *sans permission du roi*. Et le roi peut les *vendiquer*. » C'est le *droit de suite* étendu aux hommes libres. De là l'usage de stipuler dans les traités que les princes ne recevront les sujets et les vassaux, les uns des autres, en leur protection, *bourgeoisie* ou priviléges, sans leur consentement exprès (1).

Le droit de *revendication* découle du droit de propriété. Voilà encore une idée féodale transportée à la royauté absolue; au moyen âge, du moins, il n'y avait que les serfs qui fussent l'objet d'une propriété; les vassaux n'étaient attachés à la terre que s'ils la possédaient; en abandonnant leurs *tènements,* ils cessaient d'être *tenus*. Les rois

(1) Bacquet, *Du droit d'aubaine*, t. II de ses *Œuvres*, p. 130, n° 2.

allèrent plus loin, ils se prétendirent propriétaires de tout le sol qui composait leur royaume, et même des personnes qui le possédaient. Nous verrons, dans le droit anglo-américain, les étranges conséquences que l'on déduisait de cette doctrine. Pour le moment, il me faut compléter la tradition française.

Louis XIV est le type de l'ancienne royauté, de son orgueil et de ses prétentions. On aurait tort de croire qu'il fut un despote, et que son despotisme était une exception au milieu des autres monarchies; nous allons l'entendre, il parle avec un ton de certitude absolue, ce ne sont pas des prétentions, c'est un droit qu'il exerce sur ses sujets. Je transcris le préambule du célèbre édit du mois d'août 1669 : « Les *liens* de la *naissance* qui attachent les *sujets naturels* à leur *souverain* et à leur *patrie* sont les *plus étroits* et les plus *indissolubles* de la *société civile*. L'*obligation* du *service* que *chacun* leur *doit* est profondément *gravée* dans le *cœur* des *nations les moins policées*, et elle est *universellement reconnue* comme le *premier* et le plus *indispensable* des *devoirs de l'homme*. » On le voit, Louis XIV n'invoque pas son droit divin et absolu, il fait appel à la loi de la nature, à une loi qui est reconnue par toutes les nations, même les plus barbares : c'est le lien qui attache à la patrie et au souverain les *sujets naturels*. On sait que par là on entendait non seulement les Français d'origine, mais aussi les étrangers nés sur le sol français; donc tous ceux qui naissent sur un territoire sont liés par un lien indissoluble au pays où ils ont vu le jour. « Néanmoins, continue le préambule, nous avons été informés que, pendant la licence des derniers temps, plusieurs de nos sujets, *oubliant* ce qu'ils *doivent* à leur *naissance*, ont passé dans les *pays étrangers*, y *travaillent* à tous les *exercices* dont ils sont *capables*, même à la *construction de vaisseaux*, s'engagent dans les *équipages maritimes*, s'y habituent sans *dessein de retour*, et y prennent leur *établissement* par *mariage* et par *acquisition* de *biens* de toute nature, et les servent utilement contre ce qu'ils *nous doivent* et à *leur pays*. »

Ainsi *travailler* en pays étrangers à tous les *exercices*

dont l'homme est capable, s'y établir par *mariage*, et *sans esprit de retour*, y *acquérir* des *biens*, et les *servir utilement*, est une violation des devoirs dont, par leur naissance, ils sont tenus envers le *roi* et leur *patrie*. Voilà la théorie royale. C'est le servage féodal généralisé, au nom de la loi de la *nature!* Quoi! Dieu a donné à l'homme des facultés, pour qu'il puisse remplir sa mission, et il lui sera interdit d'en user ailleurs que dans sa patrie, fût-ce celle que lui a donnée le hasard de la naissance! Et si le roi, auquel les hommes sont attachés par leur naissance, oubliant ses devoirs, méconnaît et viole le droit le plus naturel qui appartient à l'homme, la liberté de conscience, comme fit Louis XIV, les sujets du roi seront néanmoins tenus de rester dans le pays où ils ont vu le jour, et où on ne leur permet pas d'adorer Dieu d'après leur conviction! Ce sera un crime de chercher des moyens d'existence ailleurs, un crime de s'y marier, un crime de s'y établir sans esprit de retour, un crime d'y acquérir des biens! Louis XIV va nous dire quelle est l'*obligation* des *sujets du roi* :

« Faisons défense à *tous nos sujets*, de quelque *qualité* et condition qu'ils soient, de *sortir* de notre *royaume* pour aller s'*établir* sans notre permission dans les *pays étrangers* par *mariage, acquisition d'immeubles*, et *transport* de leurs *familles* et *biens*, pour y prendre leurs *établissements stables* et *sans* retour; à peine de *confiscation de corps et de biens*, et d'être censés et réputés étrangers, sans qu'ils puissent être ci-après rétablis ni réhabilités, ni leurs enfants naturalisés, pour quelque cause que ce soit. » Louis XIV dit expressément que l'on ne tient aucun compte de la *qualité* ni de la *condition* des *sujets* du roi qui iraient s'établir ailleurs. C'est répudier le droit qu'au moyen âge on reconnaissait à l'aristocratie féodale; nobles et roturiers étaient confondus dans la même catégorie de sujets; mais, au lieu d'assimiler les vilains aux seigneurs en rendant la liberté générale, la royauté mit les nobles sur la même ligne que les roturiers, et les déclara tous attachés à la glèbe. Voilà l'égalité monarchique : c'est l'égalité des esclaves.

L'édit de 1669 était plus sévère pour les Français employés dans la navigation et la marine aux pays étrangers. Tous les sujets du roi établis à l'étranger étaient tenus de rentrer en France avec leurs femmes, enfants, familles et biens, dans les six mois, sous peine de confiscation. Quant aux ouvriers marins, s'ils ne satisfaisaient pas aux commandements du roi, « nous voulons, dit Louis XIV, qu'il soit *procédé* contre eux *extraordinairement* par nos *juges* et *officiers* établis dans les ports et havres, et leur *procès* fait suivant la *rigueur* des *anciennes ordonnances* ». C'était les soumettre aux peines arbitraires que les tribunaux avaient le pouvoir de leur infliger. L'édit ajoute : « Défendons en outre à tous nos sujets d'aller servir hors notre royaume, de pilotes, calfateurs, canonniers, matelots, mariniers et pêcheurs, ni pour travailler à la construction des navires, confection de cordages et de toiles propres aux voiles et autres servant à la navigation, sans notre expresse permission, *à peine de la vie*. »

Le mariage éloignait souvent les sujets du roi, et avait pour conséquence leur établissement en pays étranger. Une déclaration postérieure du 16 juin 1685, en confirmant l'édit de 1669, défendit très expressément à tous Français « de quelque qualité et condition qu'ils fussent, de *marier*, à l'avenir, leurs enfants, *garçons ou filles*, *hors du royaume* pour quelque *cause*, et sous quelque *prétexte* que ce fût, sans la *permission expresse* du roi, à peine d'être déclarés atteints et convaincus du *crime d'infidélité* envers l'*Etat*, et de *confiscation de corps et de biens*, et où la confiscation n'aurait lieu, de 24,000 livres d'amende contre les père et mère, s'ils étaient vivants, sinon contre les tuteurs ». Ainsi la liberté la plus naturelle, celle du mariage, était enlevée aux sujets du roi; cependant ce droit est en même temps un devoir!

Merlin dit que ces lois sont restées en pleine vigueur jusqu'en 1789; et il y a plusieurs exemples de l'exécution qu'elles ont encore reçue peu de temps avant la révolution (1). Dans l'application, elles prenaient encore un ca-

(1) Merlin donne le texte des édits, déclarations et arrêts (*Répertoire*, au mot *Émigration*, § 1er, t. X, p. 149 et suiv. de l'édition de Bruxelles).

ractère plus odieux. Le conseil souverain d'Alsace, province frontière, où les mariages entre voisins et les émigrations étaient fréquents, rendit plusieurs arrêts de règlement pour l'arrestation des émigrants; le dernier, de 1770, enjoint à la maréchaussée d'arrêter toutes personnes *suspectes d'émigration*. Voilà une loi de *suspects*, antérieure à la Convention Nationale : la république poursuivait, comme elle en avait le droit, ses ennemis déclarés : la monarchie mettait la gendarmerie à la trousse des Français *suspects* de vouloir se *marier* à l'étranger. Se *marier* sans la permission expresse du roi était un *crime d'infidélité* envers l'Etat.

130. On aurait tort de rendre la royauté seule responsable de cette législation sauvage; le ton même des édits de Louis XIV prouve que le roi croyait agir au nom d'un droit imprescriptible de l'Etat contre des sujets qui se rendaient coupables d'infidélité. Qui avait imaginé ce singulier droit naturel au nom duquel on violait la loi de la nature? Les publicistes modernes, qui ont le culte de la liberté, accusent, et non sans raison, les légistes de s'être faits les complices des rois, par leur théorie de la souveraineté territoriale(1). Nous l'avons déjà rencontrée dans ces Etudes, où je n'ai cessé de la combattre. On voit ici tout ce qu'elle a d'odieux et de faux. La souveraineté s'étend sur les personnes et les choses qui sont sur le territoire. De là une première conséquence, et une première violation de la liberté de l'homme et de ses droits. Un enfant naît en France d'un étranger; il suit la condition de son père, dont le sang coule dans ses veines. Ce droit, il le tient de Dieu, qui le fait naître au sein d'une famille étrangère. La souveraineté territoriale ne tient aucun compte du droit divin; elle met la main sur l'enfant qui naît sur le territoire, et le déclare sien, Français, alors même qu'il naît en France d'une mère anglaise. On ne lui permet point d'opter pour sa nationalité d'origine; il est attaché pour toujours au sol qui l'a vu naître, comme les serfs étaient attachés à la

(1) *Staatslexikon* de Rotteck et Welcker, aux mots, *Auswanderung* et *Abfahrt*.

glèbe. Au nom de la souveraineté territoriale, on lui défend de quitter le sol de la France. Les sujets du roi doivent leurs services au roi et à l'Etat; s'ils quittent le territoire, ils sont coupables d'infidélité, coupables de haute trahison : émigrer est un crime : travailler dans un pays étranger est un crime : se marier avec un étranger est un crime. Cette doctrine était reçue partout. Les Français qui émigraient risquaient de trouver des gendarmes qui les repoussaient de la terre étrangère; et il y avait des gendarmes qui les traquaient comme des bêtes fauves, afin de les empêcher de sortir du royaume. J'ai parfois comparé la souveraineté territoriale à la muraille de la Chine qui ferme le Céleste Empire à toute relation avec les étrangers. Ce n'est pas assez dire, le mur est celui d'une prison où l'on retient des forçats : la patrie est un bagne : celui qui veut s'échapper de la maison de force est un criminel. A l'étranger, on ne doit rien à l'émigrant, on n'est pas même tenu de le recevoir, il n'y a pas de lien de droit entre les nations, elles sont souveraines, et leur souveraineté est illimitée; dans les bornes de leur territoire, elles font ce qu'elles veulent; elles reçoivent l'étranger, si tel est leur bon plaisir ou leur intérêt; elles l'excluent, quand, dans leur aveuglement, elles se croient intéressées à s'entourer d'un mur chinois. Les légistes donnent à cette doctrine, si on peut l'appeler ainsi, le beau nom de courtoisie internationale. Le nom qu'elle mérite est celui que Plaute a formulé dans la haute antiquité, et que Hobbes a répété : *homo homini lupus*. L'homme est un loup pour l'homme; les peuples sont ennemis-nés, la guerre entre eux est permanente, alors même que la paix semble régner. C'est cette hostilité naturelle et éternelle qui explique les édits de Louis XIV : s'établir dans un pays étranger, c'est faire profiter un ennemi de sa capacité, de son travail, de ses capitaux : crime de haute trahison contre l'Etat dont on est sujet, car enrichir l'ennemi c'est appauvrir la patrie. Tous les auteurs sont d'accord sur ces principes, si principes il y a ; ceux-là mêmes qui écrivent sur le droit naturel, Grotius en tête. Je ne puis entrer dans le détail des erreurs que l'on décore du nom

de science; il faudrait écrire un livre, et il serait curieux, pour combattre les préjugés et rétablir la vérité. Je dois me borner ici aux conséquences juridiques de cette fausse théorie.

131. Dans les traités qui abolissent le droit d'aubaine, on voit figurer des mots barbares, dont les nouvelles générations ne comprennent plus le sens, de même qu'elles ne comprennent plus le vieux régime dont ils sont l'expression : *detractus realis*, *census hereditarius*, ou *gabella hereditaria*. C'est un impôt que doit payer l'héritier qui succède à des biens situés en pays étranger, quand on veut bien lui permettre de les recueillir : l'impôt variait depuis le vingtième jusqu'au tiers de la valeur des biens. Il y avait un impôt, disons mieux, une exaction analogue, qui portait le nom de *detractus personalis*, ou *gabella emigrationis* (1). On ne peut le comparer qu'aux redevances et aux corvées que les serfs prestaient à leur maître comme prix de la liberté qu'il leur octroyait. Et, en ce sens, ce que nous appelons exactions est un grand progrès, un premier pas dans la voie de la liberté. Le droit attachait le sujet au territoire; il lui était défendu de l'abandonner, sous peine de voir tous ses biens confisqués, sans parler des peines extraordinaires qui le frappaient comme coupable d'infidélité. Donner à des sujets attachés à la glèbe le droit d'émigrer, en payant un impôt plus ou moins lourd, c'était un commencement de liberté.

Les mauvaises raisons ne manquent jamais aux légistes pour défendre les mauvaises causes. On leur en a fait de vifs reproches. J'ai essayé de prendre leur défense (2). Toujours est-il que leur alliance avec le pouvoir absolu ne témoigne pas pour l'école où ils étaient imbus de cette théorie; c'est chez les jurisconsultes romains qu'ils avaient appris que le souverain était un maître absolu; ne leur envions pas cette excuse, et soyons heureux d'être à meilleure école. Les légistes invoquaient le droit éminent du

(1) Voyez, sur le droit de détraction, le *Staatslexikon* de Rotteck et Welcher, au mot *Abfahrt*.

(2) Voyez mes *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. VII, la Féodalité, p. 552 et suiv.

souverain sur les biens des particuliers. Si l'on entend par là un droit de propriété, on aboutit au despotisme de Louis XIV, à qui ses conseillers, les évêques, faisaient accroire que tout était à lui, personnes et choses. Les légistes n'allaient pas jusque-là ; ils invoquaient pour le souverain le droit d'imposer des charges sur les biens, à raison de la protection que l'Etat accorde aux propriétaires. C'était oublier que la charge n'a plus de raison d'être quand la protection cesse par l'émigration. Les légistes cherchaient à colorer ce mauvais raisonnement par un argument plus mauvais encore : l'émigrant devait une indemnité à l'Etat pour la protection dont il avait joui. On leur demanda si, par hasard, l'Etat ne s'était pas fait payer sa protection, et s'il était juste de payer une seconde fois une dette que l'on avait déjà acquittée sous mille formes. Je laisse de côté des motifs de justification qui n'ont pas même une apparence de fondement, pour dire un mot d'un danger dont l'émigration menace la vieille Europe : c'est la dépopulation et l'appauvrissement. Il est certain qu'une population intelligente, active, capable, est une force pour l'Etat, et qu'il perd, par conséquent, par l'émigration. Mais si l'on voulait écarter ce danger, le *droit de détraction* ne suffirait point, il faudrait revenir au servage féodal, en attachant les sujets à la glèbe. Dieu a veillé à ce que les nations qui tiennent de lui leur existence ne s'éteignent pas par la dépopulation, en donnant à l'homme, pour les lieux où il a vu le jour et où il a été élevé, une affection telle, qu'il les préfère aux climats les plus heureux, quelque dur que paraisse le sol natal. Si, malgré ce lien si fort qui attache l'homme à sa patrie, il émigre, c'est par des raisons politiques ou économiques, auxquelles les lois restrictives n'apporteraient aucun changement : il n'y a qu'un remède au mal, la liberté la plus complète, civile et politique.

132. Le vieux droit monarchique s'écroula avec l'ancien régime. Pour le droit international, comme pour toutes les manifestations de la vie, la révolution de 1789 ouvre une ère nouvelle. La constitution de 1791 garantit comme droit naturel et civil à tout homme, la faculté d'al-

ler, de rester et de partir. Une loi du 1er août 1791 avait enjoint à tous les Français absents du royaume de rentrer en France dans le délai d'un mois. C'est la première loi contre les émigrés; elle était d'une indulgence extrême; l'Assemblée Constituante déclarait que les circonstances où se trouvait la nation française lui faisaient un devoir de rappeler dans son sein tous les enfants de la patrie absents, et de ne permettre aux citoyens présents de sortir du royaume que pour des causes reconnues nécessaires. Cette loi était néanmoins en opposition avec la liberté proclamée par la constitution; elle fut abrogée par la loi du 18 septembre 1791, qui déclara qu'il ne serait plus exigé aucune permission ni passeport; qu'il ne serait plus apporté aucun obstacle au droit de tout citoyen français de voyager librement dans le royaume et d'en sortir à volonté. L'Assemblée législative et la Convention Nationale ne respectèrent point cette liberté. Je ne rapporterai pas ici les lois de colère et de vengeance contre les émigrés. On en a fait un crime à la Révolution; ceux qui l'accusent oublient le crime bien plus odieux des nobles qui s'insurgèrent contre les lois de leur patrie, et qui allèrent de cour en cour solliciter, provoquer une coalition générale contre la France. A peine la Révolution avait-elle brisé les portes de la Bastille, que les princes du sang et la haute aristocratie émigrèrent. Que voulaient les émigrés? Un journaliste répond, le 12 septembre 1789, dans les *Révolutions de Paris*, que tout le monde était convaincu que les chefs de l'aristocratie ne quittaient pas la France uniquement pour fuir la fureur du peuple, qu'ils cherchaient à nouer une confédération des princes pour venir à main armée rétablir l'aristocratie dans tous les priviléges qu'elle avait usurpés. Loustalot était le fidèle organe des sentiments de la nation en portant cette accusation contre les émigrés. Quand le général Bonaparte, devenu premier consul, écrivit au roi d'Angleterre la fameuse lettre où il faisait des ouvertures de paix, le gouvernement anglais accusa la Révolution d'avoir allumé le guerre. Le premier consul repoussa vivement cette fausse imputation. Aussitôt que la Révolution eut éclaté, dit-il, l'Europe

presque entière se ligua pour la détruire. On excita les résistences intérieures, on accueillit les émigrés, on toléra leurs réunions armées, on favorisa leurs complots secrets, on appuya leurs déclamations extravagantes (1).

Voilà la flétrissure éternelle de la noblesse, et de tous les corps privilégiés. Ils tiennent à leurs priviléges bien plus qu'à leur patrie. L'histoire de l'Eglise est là comme témoin. Il n'y a pas de patrie pour ceux qui ne tiennent à la patrie que pour la dominer. Je n'entends pas justifier tous les décrets portés contre les émigrés. Le principe était juste, car si la patrie donne des droits, elle impose aussi des devoirs. Mais la Révolution dépassa les bornes de la répression : ses lois contre les nobles sont des lois de salut public, et l'on croyait que le salut public justifiait tout. C'est encore une maxime romaine; elle date d'une époque où la vraie liberté, celle de l'individu était ignorée. La liberté consistait à être souverain, et l'on considérait comme légitimes tous les moyens qui étaient employés pour sauver la souveraineté. C'est cette funeste erreur qu'il faut relever, parce qu'elle détruit tout droit et toute liberté. On est épouvanté en lisant, dans les *Révolutions de Paris*, « que lorsqu'une *nation* est en danger, les *droits de l'individu disparaissent*, et qu'il ne reste plus que les *droits du peuple*; que le peuple *peut* et *doit* faire tout ce qu'il croit *utile* à son *salut*, sans être arrêté par la crainte de blesser la *justice*; qu'il peut *sacrifier* sans remords la *fortune*, la *vie* même de ceux dont la *mort* importe à son *intérêt* (2). » Non, le salut public ne justifie pas l'injustice, ni le sacrifice des droits individuels, car la société n'a d'autre raison d'être que le maintien de la justice et du droit.

133. La législation sur les émigrés est une arme de guerre; la révolution veut frapper ses ennemis. Les auteurs de ces lois savaient qu'ils abandonnaient les principes de 1789; à leurs yeux, le salut public justifiait tout. Nous comprenons que les hommes à qui la liberté est chère

(1) *Correspondance de Napoléon*, t. VI, p. 47. *Note pour le ministre des relations extérieures*, du 26 nivôse an VIII.
(2) *Les Révolutions des Paris*, n° 180, 15 décembre 1792, p. 577.

leur en fassent un crime. Mais les partisans du passé, les réactionnaires ont mauvaise grâce d'accuser l'Assemblée législative et la Convention Nationale, car les législateurs révolutionnaires ne firent qu'appliquer la vieille doctrine monarchique de la souveraineté territoriale, absolue, illimitée ; dans cette doctrine, les sujets du roi sont attachés au sol du royaume, ils ne peuvent le quitter pour s'établir ailleurs qu'en se rendant coupables d'infidélité, de haute trahison. C'est dans cet esprit que sont conçus les édits de Louis XIV. Nous allons retrouver ces principes dans les fameux décrets de Napoléon, de 1809 et de 1811 ; et, ce qui paraîtra plus étrange, la doctrine traditionnelle a été celle des Anglo-Américains jusqu'à ces dernières années.

Le décret du 6 avril 1809 prononça la peine de mort contre les Français, fussent-ils naturalisés en pays étranger, qui portaient les armes contre la France. Il y a un concert de malédiction contre l'empereur qui, par un décret évidemment inconstitutionnel, frappait de la peine de mort des Français qui avaient abdiqué leur patrie; je n'ai aucune envie de justifier l'illégalité des décrets impériaux, mais pour le moment il est question de doctrine; or, les hommes de la tradition oublient que Louis XIV prononça la peine de mort contre les Français qui à l'étranger travaillaient à la construction de vaisseaux, ou servaient dans la marine. A plus forte raison les Français qui portaient les armes contre la France méritaient-ils la peine capitale. Qu'importe qu'ils fussent naturalisés? Les sujets du roi peuvent-ils, sans son autorisation, se dégager du lien indissoluble qui les attache à leur patrie? On accuse encore Napoléon d'avoir rétabli la peine de la confiscation; en cela aussi il ne fit qu'appliquer l'édit de 1669 à des Français bien plus coupables que ceux contre lesquels sévissait Louis XIV. Le décret de 1809 était parfaitement conforme à la tradition en prononçant la mort civile et la confiscation contre les Français qui, ayant pris du service militaire chez une puissance neutre ou alliée, ou en ayant accepté des fonctions civiles, ou même s'étant simplement établis sur le territoire étranger, n'obéiraient pas

à l'ordre de rappel de l'empereur (1). C'est presque la copie littérale de l'édit de 1669, et il y avait en 1809 une circonstance aggravante, c'est que les Français qui servaient dans les armées étrangères, ou qui étaient employés dans la diplomatie, ou qui s'étaient établis hors de la France, avaient quitté leur patrie pour la combattre : il s'agissait des émigrés qui, par haine pour leur patrie, l'avaient désertée, et qui haïssaient Napoléon comme le représentant armé de la Révolution qui leur était si odieuse.

Le décret du 26 août 1811 est surtout dirigé contre les Français naturalisés en pays étranger sans autorisation de l'empereur. On reproche à ce décret d'être fondé sur une idée évidemment fausse, à savoir que le Français est coupable d'abdiquer sa patrie et d'aller chercher ailleurs des lois qui lui semblent plus justes et plus favorables (2). Je suis d'accord : seulement, en 1811, il ne s'agissait pas de Français qui avaient cherché ailleurs des lois plus justes ; ils avaient fui, au contraire, leur patrie régénérée, dans le but de lui imposer, les armes à la main, un régime de privilége et d'oppression, et ils voulaient y rétablir ce régime à leur profit. Cela fait une différence. L'empereur, que l'on accuse de tyrannie, montrait, au contraire, une grande indulgence pour les Français expatriés ; il ne leur demandait qu'une chose, c'était d'obtenir son autorisation ; à cette condition, il leur accordait une situation privilégiée, en leur permettant de transmettre et de recueillir des biens en France, à titre gratuit, droit que le code civil refusait aux étrangers. Le décret de 1811 était dirigé contre les Français qui refusaient de solliciter l'autorisation de l'empereur et qui, par cela même, se déclaraient ses ennemis. Quoi de plus naturel que de les traiter en ennemis ? Leurs biens étaient confisqués : c'est le retour à l'édit de 1669. S'ils étaient trouvés sur le territoire de l'empire, on se contentait de les arrêter, et de les conduire au delà des frontières.

(1) Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, p 271

(2) Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, p. 272 et suiv.

Louis XIV n'y mettait pas cette bénignité. C'est seulement en cas de récidive qu'ils étaient condamnés à une détention d'un à dix ans. Encore, le décret laissait-il une porte ouverte à l'indulgence ; les ci-devant Français pouvaient obtenir des lettres de *relief*, qui les relevaient des déchéances qu'ils avaient encourues : l'empereur ne voulait qu'une chose, c'était qu'ils fissent acte de soumission. Je rappelle seulement pour mémoire une disposition du décret de 1811, que j'ai eu l'occasion de citer : l'empereur déclarait les ci-devant Français, naturalisés sans son autorisation et refusant de la demander, incapables de figurer comme ministres plénipotentiaires dans les traités où la France était partie, et en vérité, ils n'en étaient pas dignes ; l'empereur avait raison de ne pas permettre qu'ils fussent accrédités auprès de lui comme ambassadeurs.

Le décret est illégal, inconstitutionnel, mauvais ; j'accorde tout cela, mais je rappelle à ceux qui le censurent si amèrement les édits de Louis XIV, mille fois plus tyranniques, et cependant Louis XIV parlait au nom des devoirs de la nature, tels que tous les docteurs les entendaient; et Napoléon aurait pu invoquer la même doctrine. M. Demolombe a parfaitement raison de dire que les décrets de 1809 et de 1811 sont dus à une époque, à des circonstances, à un régime profondément différents de notre temps, de nos mœurs et de nos institutions actuelles (1). Mais pour juger ces décrets, il faut se placer au point de vue de la tradition et non au point de vue des idées modernes. Comparez les décrets de Napoléon avec les édits de Louis XIV et jugez ! Il y a plus. Les décrets de l'empereur ont trouvé un apologiste. Un publiciste espagnol soutient que les décrets sont parfaitement conformes à ce que dicte la raison : libre aux Français d'abdiquer leur patrie, mais ils ne peuvent pas prendre service chez un prince étranger contre la France (2). La question a été renouvelée de nos jours et vivement débattue entre les Etats-Unis et les Etats de l'Europe. J'y reviendrai.

(1) Demolombe, *Cours de code civil*, t. I, p. 198, n° 187.
(2) Bello, *Principios de derecho internacional*, p. 72.

Il me reste à dire un mot sur une autre difficulté que soulèvent les décrets de Napoléon. On demande s'ils sont encore en vigueur. En Belgique, la question a été tranchée. Un arrêté-loi du prince souverain des Pays-Bas du 30 septembre 1814 abolit les décrets de 1809 et de 1811, en les qualifiant d'injustes. Qu'on me permette de reproduire ce je dis sur ce point dans mes *Principes de droit civil.* « L'homme est attaché à la nation dont il fait partie par le Créateur et dans l'ordre régulier des choses, ce lien ne doit pas être brisé. Il se présente néanmoins des circonstances où l'émigration se conçoit. Tel était l'état de la France depuis la Révolution. Nous condamnons, nous flétrissons les Français qui soulevèrent l'Europe contre leur patrie. Mais ceux qui, ne pouvant supporter la liberté, émigrèrent, sans porter les armes contre la France, sont à plaindre plutôt qu'à blâmer. En tout cas, c'est un droit, la dernière ressource des minorités qui ne peuvent pas se faire au régime ou aux lois que la majorité établit. »

En France, la question est très controversée; M. Demolombe dit qu'on ne rencontre nulle part peut-être plus de dissidences, plus d'hésitations et d'incertitudes que quand il s'agit de savoir si les décrets de 1809 et de 1811 sont encore en vigueur. Il est en désaccord, sur ce point, avec son maître Demante (3). On ne conteste pas la force obligatoire des décrets, quoique inconstitutionnels; mais on admet qu'ils sont, en partie du moins, abrogés par des lois subséquentes. Jusqu'où va cette abrogation? Ici, le désaccord commence et il est complet (1). Je n'entre pas dans ce débat, qui n'intéresse pas directement mes Etudes; je discuterai plus loin les principes.

134. Les auteurs qui critiquent avec tant de sévérité les décrets de Napoléon ont raison, au point de vue des principes de liberté que la Révolution de 89 a proclamés. Mais le jugement sera tout autre si l'on compare les décrets impériaux avec la doctrine traditionnelle de l'allégeance qui a régné en Angleterre jusqu'en 1870. On

(1) Demante, dans la *Revue étrangère et française*, t. I, p. 443. *Valette sur Proudhon*, t. Ier, p. 182 et suiv. Demolombe, t. Ier, p. 198 et suiv., n° 187.

appelle *allégeance* le lien féodal qui attache le vassal au suzerain dont il est l'homme-lige; le mot et l'idée se sont maintenus dans le droit commun d'Angleterre, pour marquer le lien qui attache le sujet à sa patrie. Le lien est indissoluble : « *Nemo potest exuere patriam.* » Tel est le fondement de l'allégeance perpétuelle que le sujet doit à sa patrie. Nous allons entendre Blackstone, dans le commentaire sur les lois anglaises, que Stephen a publié, en prenant pour base le célèbre traité du légiste anglais : j'ai sous les yeux la septième édition publiée en 1874, après les bills qui ont brisé la perpétuité de l'allégeance. On n'abolit pas en Angleterre le droit traditionnel, on le modifie, mais la tradition subsiste; on pourrait croire qu'elle est éternelle : il n'en est rien. La hache a entamé les racines du vieux chêne, et il tombera.

Les Anglais distinguent deux espèces d'allégeance, l'une *naturelle,* l'autre *locale*. La première est due par les sujets du roi nés tels (1), et l'on sait que tout homme né en Angleterre est sujet naturel du roi. Le lien et le devoir de l'allégeance impliquent une fidélité qui ne saurait être altérée ni détruite par un changement de temps, de lieu, de circonstances quelconques ; le législateur seul peut le rompre ou le relâcher, parce qu'il est de principe, en Angleterre, que le parlement peut tout faire, sauf un homme d'une femme, ou une femme d'un homme. Blackstone dit et Stephen répète qu'un Anglais qui s'établit en France ou en Chine doit la même allégeance au roi d'Angleterre, que s'il n'avait pas cessé d'habiter sa patrie, et il doit cette allégeance après vingt ans, comme le jour même où il quitte Angleterre, pour aller résider ailleurs. « Car c'est un principe de notre loi que le sujet naturel d'un prince ne peut, par son fait, se délier de l'allégeance dont il est tenu ; vainement prêterait-il le serment de foi et hommage à un autre prince, le lien de l'allégeance native subsiste, il est antérieur à l'allégeance nouvelle, et la domine ; le sujet ne peut pas s'en affranchir sans le concours de volonté de son souverain naturel ». On voit ici l'ori-

(1) Natural-born subjects.

gine de l'allégeance ; le mot est féodal comme la chose. Elle repose sur le serment de fidélité qui a remplacé l'hommage féodal, mais elle est plus forte ; on n'exige pas que le sujet prête le serment, comme le vassal devait jurer foi et hommage ; il est inutile, dit lord Coke, que les sujets prêtent un serment d'allégeance ; la loi l'a écrit dans leur cœur. Si un Anglais, sujet naturel, prêtait serment à un autre prince, ou, comme nous disons, s'il se faisait naturaliser en pays étranger, il serait sans doute lié par cet engagement, mais il ne serait pas délié de son allégeance native envérs le roi d'Angleterre. Il se peut qu'il soit soumis à des obligations contradictoires ; ce n'est pas une raison pour l'affranchir de celles qu'il a envers son prince naturel. Il se peut même qu'en prêtant foi à un prince étranger, il perde ses droits de sujet anglais ; cela n'empêche pas qu'il reste tenu de ses devoirs, et s'il violait les lois de son pays naturel, il serait jugé et puni par les tribunaux de sa patrie, dès qu'ils auraient action sur lui (1).

Sur quoi se fonde ce lien perpétuel d'allégeance ? Sur la protection que le prince doit à ses sujets. Voilà pourquoi les étrangers mêmes sont tenus à l'allégeance, mais ce lien est local et temporaire, puisque la protection que le roi leur accorde est temporaire et locale ; elle cesse quand l'étranger cesse de résider, et avec la protection cesse aussi l'allégeance. Mais si les étrangers sont des sujets temporaires, par contre, les Anglais sont des sujets naturels ; ils jouissent toujours de la protection du prince, donc, ils lui doivent toujours l'allégeance. La protection du prince les suit partout où ils résident ; il ne peut pas ne point protéger ses sujets ; la protection étant perpétuelle, l'allégeance l'est également. Il y a ici un mélange d'idées féodales et d'idées modernes ; mais l'élément féodal domine. L'allégeance résulte d'un contrat, comme toutes les relations féodales, et aucune des parties ne peut se délier des engagements qu'elle a contractés : le prince

(1) Stephen. *Commentaries on the laws of England, partly founded on Blakstone*, t. II, p. 402-405.

étant le protecteur-né de ses sujets, les sujets doivent toujours l'allégeance au prince.

L'Anglais ne peut donc pas changer de patrie. S'il naît en pays étranger, s'il y demeure pendant toute sa vie, s'il s'y marie, ses enfants et petits-enfants seront Anglais, alors même qu'ils ignorent qu'ils ont pour patrie l'Angleterre. Nous allons voir les conséquences étranges qui découlent de l'allégeance, dans l'ordre politique ; elles sont tout aussi importantes et tout aussi étranges que dans l'ordre civil. L'Anglais reste partout soumis aux lois anglaises ; de là suit qu'après plusieurs générations, son état et sa capacité sont régis par le droit commnn d'Angleterre. Il se marie en France, et il croit que ses enfants naturels par lui reconnus seront légitimés ; il se trompe, la *common law* n'admet pas la légitimation par mariage subséquent, et il est soumis à la *common law*, quoiqu'il ne sache point ce que ces mots signifient. Cela a été jugé ainsi, dit Wharton, il y a peu d'années, et il écrit en 1872 (1).

135. Voilà bien la loi naturelle invoquée par Louis XIV pour *vendiquer* ses sujets établis en pays étranger, comme disent nos vieux légistes. Napoléon ne prenait pas la peine de se prévaloir du droit naturel, il agissait comme souverain, et que pourrait-on lui opposer, si l'on admet, avec tous les auteurs, que la souveraineté est territoriale et illimitée ? Les légistes anglais se fondent sur le devoir de protection qui incombe au prince, et sur le devoir d'allégeance qui en résulte pour les sujets : personne ne se demande si les sujets n'auraient pas le droit de répudier une protection dont ils ne veulent plus, ou si la loi de la nature n'aurait point donné à l'homme la terre pour patrie, et si cette patrie générale ne domine point les patries particulières. C'est un principe universel, dont personne ne doute. Voyons les conséquences auxquelles il aboutit. Je laisse la parole au lord chancelier d'Angleterre :

« Un homme né de parents français sur le territoire

(1) Wharton, *A treatise on the conflict of laws* (Philadelphia), p. 3, § 2.

anglais est Français d'après la loi française ; d'après la loi de ce pays-ci, il est sujet anglais et doit allégeance au souverain de ce royaume. Supposons le cas d'un enfant né de parents français en Angleterre, durant une résidence temporaire. Les parents retournent en France, l'enfant les accompagne et est élevé comme Français. La loi française le soumet à la conscription; il devient soldat, une guerre éclate entre la France et l'Angleterre ; il sera sujet à être condamné et exécuté comme traître ; car c'est un sujet anglais qui manque au devoir d'allégeance envers son souverain ; il est coupable de haute trahison. Si, au contraire, ses parents restent en Angleterre, l'enfant sera élevé comme Anglais ; il entre dans l'armée ou dans la marine, et, par suite, il s'exposera à être condamné à mort en France, où il est considéré comme sujet français ayant porté les armes contre sa patrie (1). »

Les auteurs anglais rapportent un cas qui se présenta en 1746. Un individu né en Angleterre, mais élevé en France, y remplit des fonctions civiles et militaires. Il fut fait prisonnier, portant les armes contre le roi d'Angleterre. On le poursuivit pour crime de haute trahison, et il fut condamné à mort. Toutefois il ne fut pas exécuté ; on lui fit grâce, à condition qu'il quitterait le royaume et séjournerait à l'étranger pendant tout le reste de sa vie (2).

Pendant la guerre de 1812 entre les Etats-Unis et l'Angleterre, les Anglais menacèrent de faire exécuter tous les soldats américains d'origine anglaise, naturalisés aux Etats-Unis, et qui tomberaient en leur pouvoir : en effet, ils restaient Anglais, malgré leur naturalisation, et par conséquent, tenus à l'allégeance envers le roi d'Angleterre, coupables de haute trahison s'ils étaient pris les armes à la main. Le gouvernement des Etats-Unis répondit à ces menaces par des actes de représailles, en menaçant de mettre à mort, pour chaque Anglo-Américain, un nombre double de soldats et de matelots anglais, pri-

(1) Cockburn, *On nationality*, p. 68.
(2) Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. III, p. 228.

sonniers de guerre. L'Angleterre déclara alors qu'un nombre double d'officiers américains seraient exécutés pour chaque prisonnier anglais que l'on passerait par les armes, et elle menaça d'étendre ces répésailles aux villes, bourgs et villages des Etats-Unis. La guerre allait devenir une guerre de sauvages, grâce à la fausse doctrine de l'allégeance (1).

136. Cependant, telle est la puissance de la tradition que lès légistes américains n'osaient pas s'écarter du droit commun d'Angleterre, en matière d'allégeance. Le chancelier Kent dit, dans son excellent ouvrage sur les lois américaines : « Si l'on fait une revue des principales discussions qui ont eu lieu dans les cours fédérales, on trouvera que l'opinion générale a été qu'un citoyen ne peut renoncer à son obéissance envers les Etats-Unis, sans une permission du gouvernement rédigée en loi, et comme il n'existe pas de loi sur la matière, la règle du droit commun anglais reste obligatoire (2). » On ne tient aucun compte de la naturalisation qu'un sujet américain pourrait acquérir à l'étranger. En 1798, le *chief justice* Ellsworth refusa, dans une affaire criminelle, de recevoir la preuve de la naturalisation d'un citoyen américain, parce que, d'après le droit commun, l'obéissance du sujet était perpétuelle (3). Ceux-là mêmes qui, en théorie, soutenaient que l'homme a le droit d'émigrer, et qui repoussaient en conséquence l'allégeance absolue et perpétuelle, avouaient que le chancelier Kent avait raison en ce qui concerne la jurisprudence. L'*attorney general* Cushing dit : « C'est un fait significatif que, dans tant d'occasions où la question s'est présentée, *pas un* des juges de la cour suprême ne s'est prononcé pour le droit illimité d'expatriation, tandis que d'autres l'ont combattu énergiquement (4) ».

Heureusement que l'intérêt des Etats-Unis força les hommes politiques à déserter une tradition qui aurait eu

(1) *Annual Register*, 1813, p. 190, et 1814, p. 182, cité par Lawrence sur Wheaton. t. III, p. 229.
(2) Kent, *Commentaries on american law*, t. II. p. 10.
(3) Wharton, *State trials*, p. 655 (Lawrence sur Wheaton, p. 236).
(4) *Opinions of attorneys general*, t. VIII, p. 157 (Cushing, 31 octobre, 1856), cité par Lawrence sur Wheaton, t. III, p. 237.

cette étrange conséquence que la moitié de la population de la République serait restée enchaînée dans les liens d'une obéissance perpétuelle à l'égard du roi d'Angleterre, ou des souverains du continent, car les millions d'émigrants établis aux Etats-Unis sont des étrangers naturalisés, donc d'après le droit commun anglo-américain, soumis à l'allégeance envers leur ancienne patrie. Le secrétaire d'Etat Cass écrivit, en 1859, au ministre américain près la cour de Prusse : « La doctrine de l'allégeance perpétuelle est un reste des temps de barbarie, et disparaît insensiblement depuis le dernier siècle. Le droit d'expatriation ne saurait être mis en question aux Etats-Unis (1)». Les hommes de loi finirent par céder. Au droit commun anglais, ils opposèrent le droit international. « Le droit d'émigration est incontestable, dit l'attorney général Black en 1859. Je sais que le droit commun anglais le nie et que les décisions judiciaires des cours d'Angleterre y sont opposées, et quelques-unes de nos cours, induites en erreur par des autorités anglaises, ont exprimé la même opinion; mais tout cela est loin de décider la question. Le code intérieur de l'Angleterre n'est pas au nombre des sources où nous puisons notre connaissance du *droit international;* nous le cherchons dans la *raison naturelle* et dans la justice, dans les écrivains d'une sagesse reconnue, et dans la pratique des nations civilisées. Ces autorités sont contraires au principe d'allégeance perpétuelle. Celle-ci est trop nuisible aux intérêts généraux de l'humanité pour qu'on puisse la tolérer; la justice se refuse à admettre que les hommes soient enchaînés à leur sol natal contre leur gré. Aux Etats-Unis, le droit d'émigration ne saurait être contesté. C'est par le droit d'émigrer que ce pays a été peuplé : nous lui devons notre existence comme nation (2) ».

137. Un acte passé par le congrès des Etats-Unis le **27** juillet 1868 consacra cette doctrine. Je le rapporte,

(1) Lawrence sur Wheaton, t. III, p. 236.

(2) *Opinions of attorneys general*, t. IX, p. 358 et 359 (Lawrence sur Wheaton, t. III, p. 237.

parce qu'il inaugure une ère nouvelle dans le droit international privé chez les peuples de race anglo-saxonne. « Le droit d'émigration est un droit naturel appartenant à l'homme comme tel; il est nécessaire à toute personne, pour jouir de la vie et de la liberté : c'est une condition de notre bonheur. Le gouvernement des Etats-Unis a toujours reconnu ce droit, en permettant l'immigration des citoyens de tous les pays étrangers, et en leur accordant le droit de cité. Cependant, on prétend que ces immigrants, devenus citoyens américains, restent sujets de leur ancienne patrie, et tenus à l'allégeance, eux et leurs descendants. Il importe à la paix publique que la prétention d'une allégeance perpétuelle soit promptement et définitivement repoussée. En conséquence, il est déclaré que toute opinion ou décision contraire au droit d'expatriation est incompatible avec les principes fondamentaux de ce gouvernement. » C'est la répudiation du droit commun anglais, au nom du droit international, fondé sur la nature et la justice.

Cet acte fut passé en suite de négociations entre les Etats-Unis et l'Angleterre. En 1870, le parlement anglais passa un bill analogue en date du 14 mai. Le bill reconnaît aux citoyens anglais le droit de se faire naturaliser en pays étranger, pourvu qu'ils y résident, qu'ils jouissent de la plénitude de leurs droits et qu'ils agissent librement; à partir de leur naturalisation, ils cesseront d'être sujets anglais, et seront considérés comme étrangers en Angleterre. Ce même bill confirma les traités par lesquels le gouvernement britannique permet aux étrangers naturalisés en Angleterre de renoncer à leur nationalité d'adoption et de reprendre leur nationalité d'origine. Le bill autorise encore les enfants nés en Angleterre de parents étrangers, et qui sont réputés Anglais d'après la *common law*, d'opter, à leur majorité, pour l'allégeance de la patrie de leurs ancêtres ou pour celle de leur sol natal. Ce dernier point est considérable, c'est le principe que j'ai soutenu dans ces Etudes, et que j'ai proposé dans l'avant-projet de revision du code civil.

Un traité entre l'Angleterre et les Etats-Unis fut signé

sur ces bases le 13 mai 1870(1). Wharton ouvre son traité de droit international privé par l'exposé de ces changements intervenus dans le droit anglo-américain en ce qui concerne l'allégeance. Wharton a raison, ce n'est rien moins qu'une révolution : l'homme cesse d'être attaché au sol où il a vu le jour, pour devenir le citoyen de la terre entière qui lui a été donnée comme séjour par son Créateur. Il peut choisir sa patrie. L'allégeance dépend de sa volonté libre. C'est dire que la qualité d'homme domine celle de citoyen; et c'est bien là le fondement du droit civil international, tel que je le professe dans ces Etudes. Ce n'est pas une doctrine que je revendique comme mienne, elle s'est formée lentement dans le cours des âges, et elle a fini par être consacrée avec plus ou moins de logique par les législations modernes. Les peuples de race anglo-saxonne faisaient seuls exception ; ils avaient leur droit à part fondé sur la territorialité du droit, c'est-à-dire sur le principe féodal. C'est le plus grand obstacle qui s'oppose aux progrès de notre science. Je ne dirai pas qu'il a disparu complètement en vertu des actes de 1868 et de 1870; mais le principe se trouve dans la belle déclaration du Congrès de Washington : le droit de la nature est supérieur au droit positif de chaque peuple, l'homme l'emporte sur le citoyen. Si l'homme est homme partout, s'il a des droits qui lui sont inhérents, ces droits doivent être partout respectés. Il y a un droit commun plus étendu que le droit commun anglo-américain; il embrasse le monde entier : c'est la communauté de droit entre les nations. Je sais que nous sommes encore loin de cet idéal : mais le premier pas est fait hors de l'égoïsme national, et c'était le plus difficile. Il reste à développer les conséquences du nouveau principe. Les légistes résisteront, mais les principes qui sont l'expression de la nature ont en eux une force irrésistible qu'ils tiennent de Dieu; ils feront leur chemin, et ils produiront toutes les conséquences qui y sont comprises en essence malgré la résistance qu'ils rencontreront. C'est la loi du progrès; il se

(1) Wharton, *Conflict of laws*, p. 3 et 4.

réalise lentement comme les arbres croissent avec une lenteur imperceptible, mais ils jettent des racines d'autant plus profondes.

138. Quand le parlement d'Angleterre procède à la revision d'une loi de quelque importance, il a soin de s'entourer de tous les renseignements qui peuvent l'éclairer; il entend les témoins, les experts, les hommes de science, il reçoit des informations de l'étranger, soit par la voie de la diplomatie, soit par des communications directes. De là ces admirables enquêtes que l'on trouve consignées dans les rapports des commissions. Il y a aussi une enquête sur les législations étrangères dans le rapport de la commission qui prépara le bill de 1870. Le rapport a été publié en 1869; c'est donc une œuvre contemporaine. Quand on le parcourt, on voit, non sans surprise, que l'Angleterre et les Etats-Unis n'étaient pas les seuls pays où le droit d'expatriation fût contesté; il faut dire plutôt que tel était le droit commun de l'Europe. En Belgique nous jouissons d'une liberté illimitée d'aller et de venir, et l'on croit facilement qu'il en est de même partout. Il n'en est rien. Nos plus proches voisins, la nation à laquelle nous devons les libertés inscrites dans nos constitutions, sont encore régis par les décrets de Napoléon, et ces décrets sont au fond la reproduction des édits de Louis XIV. Passons en Allemagne. Le rapport de la commission anglaise nous dira quel est le droit de l'Autriche et de la Prusse ainsi que des autres Etats du continent. On peut le formuler en deux mots : le droit d'expatriation n'est reconnu nulle part d'une manière absolue; il est partout soumis à des restrictions.

Dans l'empire d'Autriche, l'émigration n'est permise qu'avec l'autorisation du gouvernement. C'est le principe de l'allégeance anglaise; le lien qui attache le sujet à sa patrie, pour mieux dire à son souverain, ne peut être rompu qu'avec le consentement du prince, on devrait dire du suzerain, car il s'agit d'un lien féodal. Celui qui veut émigrer doit prouver qu'il a satisfait aux obligations qu'impose le service militaire. Cette condition est d'une grande importance; j'y reviendrai. C'est très souvent pour

échapper à une charge qui devient tous les jours plus lourde que les hommes émigrent; et l'on conçoit l'intérêt qu'ont les Etats militaires à s'y opposer. Quelle est la condition des Autrichiens qui émigrent sans autorisation? Ils perdent d'abord leurs droits de citoyen, ce qui est naturel, puisque eux-mêmes les abdiquent; mais il ne s'agit pas seulement des droits politiques, les émigrants encourent aussi la déchéance de leurs droits civils, ils ne peuvent plus être propriétaires, ils ne peuvent acquérir ni transmettre par succession ou testament; leurs propres biens sont séquestrés. C'est une espèce de mort civile : le séquestre n'est pas la confiscation, mais, en ce qui regarde les émigrants, les conséquences sont les mêmes. Ils ne jouissent plus de leurs biens, les fruits servent à entretenir leurs enfants et descendants qui résident dans l'empire, l'excédant est capitalisé, et tout le patrimoine revient aux héritiers lors de la mort des propriétaires expatriés. Si les enfants émigrent avec leurs parents, ils sont également déchus de leurs droits, sauf au souverain à leur permettre, par une faveur spéciale, la jouissance des biens séquestrés (1). On voit que le principe est toujours celui de l'ancien droit : l'homme attaché au sol comme le serf à la glèbe, et puni comme un criminel s'il déserte sa patrie.

Le principe est le même d'après les lois des royaumes de Bavière et de Wurtemberg. En Prusse aussi il faut l'assentiment formel du gouvernement pour émigrer. L'autorisation n'est pas accordée aux hommes depuis l'âge de dix-sept ans jusqu'à vingt-cinq, à moins qu'il ne soit légalement constaté qu'ils ne s'expatrient pas par la seule raison de se soustraire à leurs devoirs militaires. On sait que ces devoirs sont très rigoureux; le ministre des Etats-Unis à Berlin demanda qu'on les lui fît connaître d'une manière précise. La note se trouve dans les documents du Congrès des Etats-Unis. J'en citerai seulement quelques points qui caractérisent la législation prussienne. Les soldats qui sont engagés dans le service

(1) *Report of royal commission*, 1869, p. 92 et 93.

actif n'obtiennent pas la permission de s'expatrier, ce qui est assez naturel. Quiconque quitte la Prusse sans autorisation et élude par là le service militaire, soit dans l'armée, soit dans la landwehr, encourt une peine de 50 à 1,000 thalers ou un emprisonnement d'un mois à un an. La peine ne dispense pas du service; l'obligation de servir continue jusqu'à ce que le sujet prussien ait satisfait à tous ses devoirs; elle ne cesse que par l'autorisation qu'il reçoit d'émigrer; l'autorisation profite aux enfants mineurs (1).

Le principe est identique dans le royaume de Sardaigne, et l'Italie l'aura sans doute reçu comme héritage. Le comte de Cavour écrivit en 1855 au ministre américain, au sujet d'un Sarde (Zanoni) qui s'était fait naturaliser aux Etats-Unis sans l'autorisation du roi : « A défaut de cette autorisation, les lois de Sardaigne considèrent que l'acte de naturalisation lui enlève tous les droits appartenant aux sujets sardes, sans pour cela le soustraire aux obligations qu'il a envers son pays de naissance. Au nombre de ces devoirs se trouve celui du service militaire. Il ne sera donc pas permis audit Zanoni de se soustraire au service dans la Sardaigne malgré sa naturalisation. Le gouvernement du roi ne prétend pas que les Etats-Unis ne puissent naturaliser les individus nés en pays étranger. Mais pour les effets de la naturalisation en dehors des Etats-Unis, le gouvernement sarde est d'avis qu'en l'absence de toute convention internationale, le Sarde qui a été naturalisé sans avoir été dégagé des liens naturels et légitimes qui l'attachent à sa patrie comme sujet, ne peut être exempt des lois de son pays de naissance (2). »

139. Quelle est la valeur de cette doctrine? La patrie impose des devoirs, et ces devoirs sont essentiels, ils concernent l'existence et la conservation de la société. D'un autre côté, la liberté d'aller et de venir et, partant, de s'expatrier, est aussi un de ces droits que l'homme tient de la nature et que le législateur ne peut pas lui enlever. Les deux droits paraissent inconciliables. S'ils

(1) Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. III, p. 245 et 246.
(2) Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. III, p. 249 et suiv.

l'étaient, le droit de l'homme, à mon avis, devrait l'emporter sur celui de la société. Il est vrai que l'individu ne peut pas, en général, se prévaloir de son droit contre le droit de la société, sinon il n'y aurait plus de société; mais cela suppose que la société a réellement un droit absolu, sans lequel son existence et sa conservation seraient compromises. Ce qui prouve que tel n'est point le droit de l'Etat au service militaire de ses membres, c'est que les traités modifient ce droit et que les parties contractantes y renoncent même; or, pourraient-elles renoncer à un droit sans lequel elles n'existeraient point? Nous allons entendre la doctrine, et d'abord les publicistes qui sont restés enchaînés plus ou moins par la tradition.

Les auteurs qui fondent le droit international sur les faits subissent naturellement l'influence de la tradition, et la tradition a été féodale jusqu'aux bills récents portés aux Etats-Unis et en Angleterre. Cependant, tout en constatant que l'homme est attaché à sa patrie par le lien indissoluble de l'allégeance, les publicistes avouent que le droit de l'Etat sur ses sujets n'est pas pratiqué à la rigueur; ils sont disposés à reconnaître à l'homme le droit d'émigrer; ils enseignent, à la vérité, que chaque pays a le droit absolu de ne pas recevoir les émigrants, ce qui aboutirait à cette conséquence par trop absurde que les hommes ont le droit d'émigrer, mais qu'ils sont dans l'impossibilité d'en user; s'il y a une liberté dérisoire, ce serait celle-là. Aussi en est-il de ce droit absolu comme de l'allégeance, c'est un droit qui se modifie et qui s'en va : les Etats les plus exclusifs reçoivent les étrangers, à titre de courtoisie, il est vrai, mais la courtoisie finira par être un droit. L'homme cesse d'être une plante attachée au sol; il tient de la nature la faculté de se mouvoir, donc de se déplacer et de s'expatrier (1). Ce droit est aujourd'hui reconnu par la doctrine, il fait partie de ce que l'on appelle droit des gens; mais il reste des difficultés dans l'application.

Le droit d'émigration suppose que l'homme est citoyen

(1) Martens, *Droit des gens*, liv. III, ch. III, §§ 2 et 6. Phillimore, *International law*, t. I, p. 407 et 433. Heffter, *Völkerrecht*, § 33, p. 61 et 63.

de la terre et qu'il peut se fixer là où ses goûts ou ses intérêts l'appellent. Ce droit était reconnu par les anciens, et cependant le lien de la patrie n'a jamais été plus sacré et plus étroit que chez les Grecs et les Romains; ils n'avaient aucune idée de ce que nous appelons liberté individuelle, ni des droits de l'homme comme tel; l'homme n'avait de droit que comme membre de la cité, et la cité avait sur lui un pouvoir absolu; le citoyen sacrifiait tout à sa patrie, ses biens, sa liberté, sa vie; cependant on lui permettait de la quitter. Cicéron établit ce principe en termes absolus : « Personne, dit-il, n'est forcé de rester dans la cité; c'est là le fondement le plus solide de notre liberté (1). » Il aurait pu dire : c'est là toute notre liberté. Précisément parce que le citoyen était soumis corps et âme à la patrie, il fallait lui permettre de rompre ces chaînes; sinon sa condition eût été celle de l'esclave, avec cette seule différence que l'homme libre était dans la dépendance absolue de la cité, tandis que l'esclave était soumis au pouvoir absolu d'un maître.

Les nations modernes se font une autre idée de la liberté. J'ai rappelé, dans le cours de ces Etudes, le droit que les peuples de race germanique reconnaissent à l'homme de renoncer aux liens de la famille; cela nous paraît étrange; malgré notre passion de liberté, nous avons de la peine à comprendre que l'homme abdique la famille à laquelle il tient par le sang qui coule dans ses veines; et n'y tient-il pas aussi par la volonté de Dieu, à qui il doit la vie? C'est bien Dieu qui nous fait naître au sein de la famille à laquelle nous appartenons; et pouvons-nous défaire l'œuvre de Dieu? Je cite la loi germanique comme expression du sentiment de liberté qui caractérise les Germains et les peuples modernes qui procèdent des Barbares. Si l'homme peut renoncer à la famille, à plus forte raison peut-il renoncer à la patrie.

Mais l'argument peut aussi être retourné contre le droit que l'on revendique pour l'homme de changer de patrie. Nous n'admettons plus que l'homme puisse rompre le lien

(1) Cicero, *Pro Balbo*, ch. XIII.

qui l'attache à la famille; la nature l'a formé et l'homme essayerait vainement de se soustraire aux lois de la nature. N'en faut-il pas dire autant de la patrie? Les nations sont de Dieu, comme les familles, et Dieu, en nous faisant naître au sein d'une nation plutôt qu'au sein d'une autre, nous attache à cette nation comme il nous attache à la famille qui nous donne la vie. C'est ce lien de la nature que, dans l'ancien régime, on invoquait pour refuser aux sujets la faculté de s'expatrier. Et il y a certainement une part de vérité dans cette notion de la patrie et des devoirs qu'elle impose. Seulement elle exagère les droits de la patrie, comme elle exagérait les droits de la souveraineté en lui reconnaissant un pouvoir absolu sur tous ce que le territoire comprend, personnes et choses. Sans doute les nations sont de Dieu, et Dieu veille à ce que l'homme reste attaché au sol où il a vu le jour, à la patrie au sein de laquelle il a été élevé. Ce lien est indissoluble, en ce sens que l'immense majorité des hommes ne songent pas à le rompre; les émigrants ont toujours été une infime minorité. La question que soulève le droit d'expatriation n'est donc pas de savoir si les nations peuvent se dissoudre, comme la famille se dissoudrait si ses membres pouvaient l'abdiquer. Les nations sont éternelles, comme l'humanité dont elles sont les éléments. L'émigration a toujours été et sera toujours un fait individuel et une exception. Il faut donc poser la question en ces termes : l'homme peut-il, par exception, abandonner sa patrie et s'en choisir une autre?

L'homme tient aussi de Dieu sa vie et sa mission. Il est appelé à développer les facultés dont Dieu l'a doué, facultés physiques, intellectuelles et morales. Si la société au sein de laquelle il est né ne lui procure pas les moyens de se développer sous toutes ses faces, il a le droit de les chercher ailleurs; lui refuser cette faculté, c'est entraver sa vie, c'est par conséquent contrarier les desseins de Dieu. Les nations et leurs souverains n'ont pas ce droit-là. Elles doivent laisser à l'homme une entière liberté d'abandonner sa patrie et de s'en créer une nouvelle. Je suppose que la propriété soit organisée et distribuée de

telle façon, dans un pays, que le sol appartienne à un petit nombre de propriétaires, et que ceux qui le cultivent ne trouvent plus dans ce travail une rémunération suffisante pour subvenir aux premières nécessités de la vie, et l'homme ne vit pas seulement de pain; il n'y aurait pour ces misérables ni vie intellectuelle, ni vie morale. Leur refuserez-vous la faculté de chercher ailleurs une condition meilleure? Ce serait leur refuser le droit de vivre, et il n'y a pas de puissance humaine qui ait le droit de dépouiller les hommes du droit à la vie. Ma supposition est une réalité : c'est la justification de l'émigration irlandaise. Les Irlandais vont chercher en Amérique la propriété sans laquelle l'homme est un être incomplet. D'autres émigrants y vont chercher la liberté qu'on restreint et qu'on limite de mille façons dans notre vieux monde : la liberté est l'air intellectuel et moral sans lequel l'homme étouffe et meurt. Qui oserait refuser aux populations intelligentes et morales de l'Allemagne le droit de chercher dans le *Far West* des Etats-Unis cette liberté qui a toujours été la passion de leurs ancêtres? Je ne parle que des émigrations qui se font sur une large échelle. C'est encore une exception et un fait passager. Régulièrement l'émigration est rare et individuelle; et il va sans dire que l'on ne peut refuser à l'individu le droit de chercher en pays étranger les moyens de développement matériel, intellectuel et moral, qu'il ne trouve pas dans sa patrie. En ce sens la faculté de s'expatrier est un droit absolu.

140. Le droit d'émigrer que l'on reconnaît à l'homme implique qu'il doit être reçu dans le pays où il veut s'établir. Cependant la vieille doctrine de la souveraineté territoriale reconnaissait à chaque Etat le pouvoir absolu d'exclure l'étranger, ou de ne le recevoir qu'à titre de courtoisie, c'est-à-dire s'il y trouvait son intérêt. Dans le cours de ces Etudes j'ai dit et répété que la souveraineté absolue est la violation des droits de l'homme, qu'elle méconnaît entièrement. Il n'est plus question, dans la doctrine moderne, de la souveraineté illimitée; nos constitutions reconnaissent des droits à l'homme, et le premier

de ces droits, c'est la liberté individuelle, qui n'est que le droit à la vie et à son développement. Ce droit implique la faculté d'émigrer; or, il n'y a point de faculté légale sans une obligation qui y est corrélative : donc le droit de s'expatrier a pour conséquence nécessaire l'obligation pour chaque Etat de recevoir l'étranger. Ici encore il faut limiter la difficulté qui arrêtait les anciens publicistes. En général, les Etats sont intéressés à recevoir les immigrants, puisqu'ils s'enrichissent et se fortifient de leurs biens, de leur travail, de leur capacité. Faut-il discuter la question de savoir si un Etat est obligé de faire ce qu'il a intérêt à faire? Laissons ces niaiseries à la scolastique, et plaçons-nous sur le terrain de la réalité. Loin de repousser les étrangers, on les appelle, on leur accorde des faveurs, des priviléges. Cela se faisait en France malgré la souveraineté absolue des rois; ils n'avaient garde d'user de ce pouvoir pour entraver l'immigration; s'ils considéraient l'émigration comme un crime, c'est précisément parce que l'Etat perdait en perdant ses membres. Il y avait là une contradiction dans les termes. L'intérêt qu'un Etat a à recevoir les étrangers implique que l'homme a le droit de s'établir où il veut, et que c'est une obligation pour tout Etat de le recevoir. Ici l'on peut invoquer le cosmopolitisme des anciens : la terre entière est notre patrie, et nul n'a le droit d'exclure qui que ce soit d'un héritage qu'il tient de Dieu. Est-il besoin d'ajouter que les immigrants ne viennent plus les armes à la main, comme jadis les Gaulois en Italie, réclamer le partage des terres, sous le prétexte qu'elles forment un domaine commun pour tous les hommes? Ils ne demandent rien, ils apportent, les uns leurs capitaux, les autres leur travail et leur talent.

Est-ce à dire qu'il y ait une obligation absolue pour les Etats de recevoir tous les étrangers, et qu'ils n'aient pas le droit d'exclure ceux qui pourraient compromettre l'ordre public et la conservation de la société? Le droit de l'étranger doit se concilier avec celui de la nation au sein de laquelle il veut s'établir. Il n'y a point de droit illimité. Le plus absolu des droits privés, la propriété a ses limites;

la définition même que le code Napoléon en donne implique que le propriétaire, quoiqu'il ait le pouvoir de jouir et de disposer de sa chose de la manière la plus absolue, ne peut pas en faire un usage prohibé par les lois ou par les règlements (art. 544) : la vie commune impose des sacrifices à tous, le droit de l'un étant nécessairement limité par le droit de l'autre. Il en est de même du droit de l'étranger qui veut s'établir dans un pays, il est limité par le droit qu'a l'Etat de veiller à sa conservation. Je suppose que cet étranger ait commis un crime : dira-t-il qu'il a le droit d'être reçu dans le pays où il cherche un asile? L'Etat où il cherche un refuge contre la justice a, au contraire, l'obligation de le livrer aux tribunaux du pays dont il a violé les lois. Il peut y avoir d'autres raisons qui donnent le droit d'exclure l'étranger qui émigre. Mais il faut qu'il y ait des raisons; c'est-à-dire un droit que l'Etat oppose au droit de l'étranger; or, le droit de l'Etat l'emporte toujours sur celui de l'individu, alors même que ce serait un citoyen, et on doit certes reconnaître le même principe quand le conflit existe entre l'Etat et l'étranger (1).

141. Telle est la limite du droit d'émigration. Ce n'est pas une exception, bien moins encore l'exercice d'un pouvoir absolu qui appartiendrait au souverain; dans cette vieille théorie, il ne vaudrait pas la peine d'écrire sur le droit, parce qu'il n'y aurait plus de droit. L'expatriation soulève une autre difficulté qui, dans les temps modernes, a fait l'objet de longues discussions, jusqu'à ce que la diplomatie soit parvenue à l'aplanir. Ceux qui émigrent perdent d'ordinaire leur nationalité d'origine. Le code Napoléon le dit : les émigrants quittent leur patrie sans esprit de retour et, par ce fait, ils sont déchus de la nationalité française (art. 17). Sont-ils aussi déchargés des obligations qu'impose la nationalité? En principe, l'affirmation est certaine. Le code Napoléon reconnaît aux Français le droit de se faire naturaliser en pays étranger,

(1) Comparez Esperson, *Il principio di nazionalità, applicato alle relazioni civili internazionali*, p. 2-4. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht*, Einleitung, p. 27 et p. 223 et suiv., §§ 383-386.

et il n'attache qu'un seul effet à cette naturalisation, la perte de la qualité de Français (art. 17); il ne dit pas des *droits* attachés à la nationalité française, en réservant les charges; cela serait contradictoire : celui qui n'est pas Français quant aux droits ne peut être Français quant aux obligations, les droits et les obligations étant des idées corrélatives. Tel est le vrai principe. Je viens de dire (n° 45) que les décrets de Napoléon ressuscitèrent la vieille théorie de la souveraineté territoriale, laquelle aboutit à nier le droit d'expatriation en le subordonnant à la volonté du souverain. Je laisse de côté cette doctrine surannée; elle a été abandonnée dans les pays où l'esprit féodal s'était incarné dans le droit privé, en Angleterre et aux Etats-Unis : elle finira par être répudiée partout. Si on l'invoque encore, c'est à l'occasion du service militaire. Les citoyens peuvent-ils se soustraire à cette obligation en s'expatriant? En droit, la réponse est très simple. Celui qui perd sa nationalité n'est plus tenu des obligations qui y étaient attachées, à moins qu'il n'ait abdiqué sa nationalité en fraude de ses obligations; la fraude fait toujours exception, et aucun Etat ne saurait admettre qu'il soit permis de frauder ses lois, quelles qu'elles soient, et notamment des lois qui tiennent à la conservation de la société. L'abdication frauduleuse de la patrie ne peut avoir aucun effet. Le principe est certain; il n'en est pas de même de l'application; comme la difficulté se présente surtout dans la matière de la naturalisation, j'en ajourne l'examen.

§ II. — *Principes généraux concernant le changement de nationalité.*

142. J'ai supposé, dans le cours de ces Etudes, que tout homme a droit à une patrie, et que tout homme doit en avoir une. J'ajoute que personne ne peut avoir qu'une patrie. Voilà un principe fondamental, et il est gros de conséquences. Il importe de l'établir sur une base certaine.

On n'a jamais contesté à l'homme le droit d'avoir une

patrie. Les souverains et, à leur suite, les publicistes ont prétendu enchaîner l'homme au sol où il naît : c'est dire que la patrie est une obligation tellement stricte, que l'homme n'y peut échapper en s'expatriant. Dans cette doctrine, la patrie menace de devenir une maison de force, un bagne. Cela prouve déjà combien il importe d'établir les vrais principes, en les fondant sur la raison et la nature. La patrie est tout ensemble un droit et une obligation ; voilà pourquoi je dis que tout homme a droit à une patrie et que tout homme doit en avoir une. J'ai dit ailleurs et ici même que les nations sont de Dieu ; la division du genre humain en nations n'est pas une chose arbitraire; chacune d'elles a une mission particulière dans le grand travail du développement de l'humanité ; Dieu a marqué cette mission en douant chaque fraction du genre humain de facultés spéciales; le génie des nations est en rapport avec leur destination ; le territoire qu'elles occupent est également en harmonie avec cette vocation. Il en est de même de la mission de l'individu, elle se lie à la destinée de la nation au sein de laquelle Dieu le fait naître. En ce sens De Maistre a raison de dire qu'il n'a jamais rencontré l'espèce hommes, qu'il n'a vu et connu que des Français, des Anglais, des Russes. Nous sommes tous hommes, membres du genre humain, mais nous sommes reliés au genre humain par la nation à laquelle nous appartenons ; notre vie, notre individualité, tout en dépend. Le fait est éclatant comme la lumière du jour, quand on considère les grands hommes qui représentent la nationalité à laquelle ils doivent de leur côté ce qu'il y a de caractéristique dans leur génie : essayez de séparer Voltaire de la nationalité gauloise, et Shakspeare de la nationalité anglaise. Ce lien intime qui existe entre l'homme et la patrie est la preuve certaine que l'homme et la patrie sont deux idées inséparables. Donc tout homme, par la volonté du Créateur, a une patrie : voilà un droit réellement divin, puisqu'il est empreint dans la création. Considérez l'homme dans sa faiblesse et dans sa grandeur, vous ne pouvez le concevoir séparé de sa patrie. Il voit le jour au sein d'une famille, où il trouve des protecteurs qui lui prodiguent l'affection

et le dévouement. Mais que serait la famille sans l'appui que lui donne l'Etat? Est-ce la famille isolée qui procure à l'enfant les moyens de son développement physique, intellectuel et moral? L'homme a besoin de la société, comme il a besoin de l'air pour vivre et se développer. Si la société lui donne les instruments qui lui servent à se perfectionner, par contre, il donne aussi à la société son intelligence, son travail et son amour. Qu'est-ce qui fait la grandeur des nations, sinon la grandeur dès individus?

143. Si tout homme a droit à une patrie, par cela même c'est aussi un devoir pour tout homme d'en avoir une, et les lois doivent veiller à ce qu'il n'y ait pas d'homme sans patrie. Les nations ont une mission, c'est-à-dire un devoir : comment le remplissent-elles? Par le concours de tous ceux qui sont membres de l'Etat. Donc chaque homme doit être membre d'un Etat, citoyen d'une patrie, sujet d'un souverain. J'ai parlé d'un mauvais cosmopolitisme d'hommes qui veulent être étrangers partout, afin de se soustraire aux charges que la nationalité impose. C'est l'égoïsme qui ne cherche que son profit aux dépens de l'intérêt général et au mépris de ses devoirs. Le législateur doit chercher à prévenir ce mal des maux qui est la lèpre de la société. L'homme n'a pas le droit de s'isoler en se séparant de toute patrie, pour être étranger partout ; ce serait la ruine de la société civile. Or l'homme ne peut vivre, il ne peut remplir sa mission que dans l'état de société ; il est donc tenu de supporter les charges sans lesquelles la société ne saurait subsister. C'est d'ordinaire pour échapper au service militaire que se pratique cette fraude à la loi, qui consiste à se dire étranger, pour se soustraire à une obligation imposée aux citoyens, sauf à jouir des bienfaits de la société, comme si l'on en était membre; ces cosmopolites de la pire espèce se refusent donc à défendre l'existence de l'Etat au sein duquel ils jouissent de la protection que l'Etat accorde : il ne tient pas à eux que la nation ne périsse! Cependant, dans l'état actuel de notre législation, il y a des hommes qui n'ont légalement aucune patrie. Cela accuse un vice auquel il faut apporter un remède ; car le législateur doit se garder

de favoriser les calculs de l'indifférence politique, il doit les déjouer, au contraire, et organiser les principes qui régissent la nationalité de façon que tout homme ait nécessairement une patrie, de sorte qu'en abdiquant sa patrie d'origine, il en acquière une nouvelle.

144. Il y a aussi, d'après nos lois, des hommes qui ont deux patries. Voilà une anomalie tout aussi étrange que celle de n'en avoir aucune. Et, à vrai dire, ceux qui ont plusieurs patries n'en ont réellement pas. S'il est vrai que les nations sont de Dieu, et que chacune a des facultés spéciales et une mission particulière, on ne conçoit pas que l'homme ait deux nationalités Nous n'avons pas deux sangs qui coulent dans nos veines, nous n'en n'avons qu'un; nous n'avons pas deux génies nationaux, qui feraient qu'au lieu d'être un, nous serions deux, et que, divisés en nous-mêmes, nous serions un être double et contradictoire, Anglais tout ensemble et Français, Allemand tout ensemble et Italien. C'est là une impossibilité naturelle et juridique. Les conséquences sont aussi absurdes que le principe. La patrie impose des devoirs, et par suite du conflit des passions humaines, ces devoirs peuvent se trouver inalliables. Le service militaire est le devoir de tout citoyen : puis-je être soldat à la fois en France et en Allemagne? et quand la guerre éclate, combattrai-je comme Allemand ma patrie française, ou comme Français ma patrie allemande? Il est vrai que la guerre n'est plus l'état naturel des peuples; toujours est-il qu'elle est suspendue sur nos têtes comme l'épée de Damoclès. Et même en temps de paix, les obligations qu'imposent des nationalités différentes seraient incompatibles : puis-je être au même moment électeur ou juré à Bruxelles et à Paris? est-ce que je siégerai le même jour au parlement de Londres et au parlement de Rome?

En droit français, c'est un principe traditionnel que nul ne peut avoir deux patries. D'Agnesseau disait que l'on ne pouvait être citoyen de deux villes; on ne peut l'être, à plus forte raison, de deux Etats (1). Treilhard dit la

1) D'Aguesseau, Plaidoyer 32e (Œuvres, t. III, p. 136, in-4°).

même chose dans l'exposé des motifs du titre I[er] du code civil (1). La difficulté s'est présentée pour un homme illustre, lord Brougham, qui aimait la France, et qui y résidait pendant une partie de l'année. En 1848, il adressa une demande en naturalisation au ministre de la justice. Crémieux lui répondit : « Je dois vous avertir des conséquences qu'entraînera, si vous l'obtenez, la naturalisation que vous demandez. Si la France vous adopte pour l'un de ses fils, vous cesserez d'être Anglais, vous n'êtes plus lord Brougham, vous devenez citoyen Brougham. Vous perdez à l'instant tous priviléges, tous avantages, quels qu'ils soient, que vous tenez, soit de votre qualité d'Anglais, soit des droits que vous confèrent jusqu'à ce jour les lois et les coutumes anglaises, et qui ne peuvent se concilier avec notre loi d'égalité entre tous les citoyens. » La réponse de lord Brougham est intéressante ; elle accuse une différence profonde entre le droit anglais et notre droit français : « Je n'ai jamais pu douter qu'en me faisant naturaliser citoyen français, je devais perdre tous mes droits de pair anglais en France ; je ne garderai mes priviléges d'Anglais qu'en Angleterre, et en France je dois être tout ce que les lois de France accordent aux citoyens de la république. » Le ministre de la justice répondit à Brougham qu'il se trompait. « La France, dit-il, n'admet pas de partage ; elle n'admet pas qu'un citoyen français soit en même temps citoyen d'un autre pays. Pour devenir Français, il faut que vous cessiez d'être Anglais. Vous ne pouvez être Anglais en Angleterre, et Français en France ; nos lois s'y opposent absolument, il faut nécessairement opter (2). »

Les principes exposés par Crémieux sont si évidents, que l'on a de la peine à comprendre que Brougham, qui était légiste, ait pu croire qu'étant naturalisé, il serait Français en France, et resterait Anglais en Angleterre. Citoyen français, il était électeur et éligible, il pouvait

(1) Locré, *Législation civile*, t. I[er], p. 468, n° 12, de l'édition de Bruxelles).

(2) Martens, *Nouveau recueil général de traités*, par Murhardt, t. XI, p. 436.

donc siéger comme député à Paris; et, Anglais, il serait resté pair à Londres. Il était républicain en France et sujet de Sa Majesté la reine en Angleterre. Laquelle de ces deux patries l'aurait emporté en temps de guerre? Aurait-il été tout ensemble ami et ennemi? Et s'il s'était trouvé à l'étranger, aurait-il été Anglais ou Français? ennemi comme Français, ami comme Anglais? un être double, un amphibie politique? Cependant il faut croire que le droit anglais admet ces contradictions et ces impossibilités, puisque Brougham parlait comme jurisconsulte et lord chancelier. Cette opposition entre le droit français et le droit anglais se retrouve en Allemagne. Il y a des jurisconsultes allemands et de premier rang qui admettent que l'homme peut avoir plusieurs patries. Tel est l'avis de Bluntschli; il discute sérieusement la question de savoir laquelle des deux patries l'emporte, en cas de conflit : est-ce la première ou la dernière; la patrie d'origine ou la patrie d'adoption? Après s'être d'abord prononcé pour la plus ancienne, il donna ensuite la préférence à la plus récente (1). Ce débat me paraît si étrange, que j'ai de la peine à prendre cette doctrine au sérieux. Cependant elle est pratiquée : on voit en Allemagne des seigneurs médiatisés, faisant partie de la chambre haute, dans des Etats différents. Cette anomalie est un fait, mais le fait méritait-il d'être érigé en droit? Il tient à la misérable constitution de l'Allemagne sous le vieux régime, avant qu'elle fût arrivée à l'unité, et l'unité imposée par la force est-elle entrée dans les âmes? Qu'est-ce que cette race de médiatisés, qui ne sont ni souverains ni sujets, étant tout ensemble sujets et souverains? Ces gens-là ont-ils une patrie? Imbus de l'égoïsme princier, ils sont étrangers partout, et vrais citoyens nulle part. La patrie allemande, quand elle aura pénétré dans les entrailles de la nation, rejettera ces débris d'un autre âge, où il n'y avait ni patrie, ni nationalité, ni citoyens.

(1) Bluntschli. *Staatsrecht*, t. I, p. 167 et 168; *Das moderne Völkerrecht*, p. 217, nos 373 et 374. En sens contraire, Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 85 et suiv. Comparez Rocco, *Dell' uso e dell' autorità delle leggi delle Due Sicilie, considerate nelle relazioni con le persone e col territorio degli stranieri* (Napoli, 1837, p. 32 et 33).

Ce que je dis de l'Allemagne reçoit, à certains égards, son application à Angleterre. Le parlement anglais s'appelle parlement *impérial,* or un empire n'est pas une nation. La Grande-Bretagne étend sa puissance sur toutes les parties du globe, et une domination universelle relâche le lien de la patrie; celui qui est citoyen dans les Iles Britanniques, au Canada, dans l'Australie, en Afrique et dans l'Inde, a le monde pour patrie, et l'histoire de Rome nous apprend que les Romains, citoyens partout, finirent par ne plus l'être nulle part. L'empire anglais est une création factice, qui se dissoudra; alors seulement il y aura une nationalité anglaise, et les Anglais ne croiront plus qu'ils peuvent être tout ensemble Anglais en Angleterre, sujets de Sa Majesté la reine, et Français en France, républicains détestant la monarchie, et ne comprenant pas la superstition de la royauté.

145. Les principes que je viens d'établir, concernant l'unité de patrie, et le droit et l'obligation d'en avoir une, ont des conséquences très importantes en ce qui concerne le changement de nationalité. Tout homme a une patrie d'origine, c'est celle que lui donne le sang dont il est issu, ou le territoire où il est né. Peut-il abdiquer sa patrie? Dans l'ancien régime, le lien qui attachait le sujet au prince était si fort, qu'on le réputait indissoluble, à moins que la volonté toute-puissante de la loi ou du souverain ne consentît à le rompre, en autorisant le sujet à se faire naturaliser en pays étranger. Cela implique d'abord que l'abdication pure et simple par une déclaration de volonté du sujet est impossible. On supposait que l'allégeance était fondée sur un contrat, or un contrat formé par un concours de volontés ne peut être dissous que par un nouveau concours de consentement. La théorie d'un contrat rappelle le système féodal, dans lequel toutes les relations reposaient sur un contrat, parce que toutes étaient de droit privé. Cette doctrine ne trouve plus de partisans; toutefois notre droit français n'admet pas la validité d'une abdication expresse de la nationalité. Il y en a un exemple fameux, la renonciation de Rousseau à sa patrie; le code civil ne consacre pas ce droit, il n'admet qu'un chan-

gement tacite de nationalité qui s'opère soit par la naturalisation acquise en pays étranger, soit par l'établissement à l'étranger sans esprit de retour, soit par l'acceptation de fonctions civiles ou militaires (art. 17). L'abdication de la patrie par une simple déclaration ne figure pas dans la loi, ce qui suffit pour la rejeter. Au premier abord il semble étrange que le Français, qui peut renoncer à sa nationalité en s'établissant à l'étranger sans esprit de retour, ne puisse pas déclarer par un acte solennel qu'il abdique sa patrie. Il y a une raison de cette différence. Celui qui quitte la France pour s'établir en pays étranger, sans esprit de retour, est un émigrant, et régulièrement ceux qui émigrent ont l'intention d'acquérir une patrie nouvelle, ils n'abdiquent pas leur nationalité, ils changent de nationalité : c'est un droit qu'ils tiennent de Dieu, et que nos constitutions modernes reconnaissent, en consacrant la liberté individuelle. On ne peut pas dire que les émigrants fuient leur patrie pour échapper aux charges qu'elle impose ; car ils entendent acquérir une autre patrie, et ils se soumettent d'avance aux obligations qui en résulteront. Tandis que l'abdication pure et simple de la patrie aboutirait à une conséquence inadmissible : le Français déclarerait qu'il n'entend plus être Français, sans vouloir acquérir une autre nationalité, et en continuant même de résider en France, où il cesserait de remplir ses devoirs de sujet. qu'il ne remplirait nulle part. Cela est absurde au dernier degré. Régulièrement l'abdication de la patrie ne peut se faire qu'en changeant de nationalité.

Les faits par lesquels, d'après le code Napoléon, s'opère le changement de nationalité impliquent tous un acte de volonté de celui qui veut changer de patrie. Cela est fondé sur la nature des choses. Changer de nationalité, c'est renoncer à sa patrie et à tous les droits qu'elle donne. Or, la renonciation est un acte de volonté, et la volonté ne suffit point, il faut encore avoir la capacité de renoncer, c'est-à-dire de disposer de ses droits : le mineur ne pourrait pas renoncer à sa patrie, parce qu'il n'a pas le droit de disposer. J'examinerai plus loin la question de savoir si la femme mariée peut changer de nationalité. Sans vo-

lonté et sans capacité, on ne conçoit pas qu'il y ait changement de patrie. Le principe est incontestable. Reçoit-il exception pour les enfants mineurs, quand le père change de nationalité? Je reviendrai sur la question.

Celui qui abdique sa patrie en changeant de nationalité acquiert par cela même une nationalité nouvelle. Ce principe devrait être universel, absolu : c'est le seul moyen d'assurer à tout homme une patrie, et de l'obliger d'en avoir une. Toutefois le code Napoléon admet que l'on peut perdre la qualité de Français sans acquérir une nationalité nouvelle : tels sont ceux qui s'établissent, sans esprit de retour, dans un pays étranger, ou qui y remplissent une fonction civile ou militaire. C'est une anomalie que le législateur doit éviter, puisqu'elle aboutit à créer une catégorie de personnes qui n'ont pas de patrie, et qui sont étrangères partout, ce qui est en opposition avec les principes (n° 143). Je dirai plus loin comment on pourrait corriger ce vice de nos lois.

146. Il y a des cas où, par exception, le changement de nationalité est forcé. Cela arrive à la suite de guerres ou de révolutions, quand un territoire est cédé par traité, ou qu'un Etat est démembré. L'annexion volontaire, telle que celle de la Savoie à la France, entraîne aussi un changement forcé à l'égard de la minorité qui n'y a pas consenti. Il ne peut plus être question d'une manifestation de volonté là où la volonté n'est pas consultée. Les traités, il est vrai, se forment par concours de consentement; mais ces conventions sont le produit de la conquête, le fruit de la victoire pour les uns, de la défaite pour les autres : c'est dire que le consentement est forcé. En tout cas, ceux qui changent de nationalité ne sont pas appelés à consentir, et alors même qu'ils émettraient un vote, comme en cas d'annexion, il est rare qu'il soit entièrement libre, et toujours il y a une minorité dissidente qui subit la loi de la majorité. Il en résulte une conséquence très grave : le changement de nationalité se faisant malgré ceux qui refuseraient leur consentement, une manifestation contraire serait inopérante : ceux-là mêmes changent de patrie qui ne le veulent pas. Telle est la rigueur des prin-

cipes. D'ordinaire les traités ou les lois de circonstances contiennent des dispositions de faveur, en permettant à ceux qui devaient changer de patrie malgré eux, de conserver leur nationalité de prédilection. Plus loin, j'exposerai les principes qui régissent ces actes.

Ce que je viens de dire est le côté juridique de la question. Il y a un autre ordre d'idées bien plus important. Si les nations sont de Dieu, comment expliquer qu'elles se forment, et que parfois elles semblent se dissoudre par la violence, la guerre, la conquête, les révolutions? C'est le secret de Dieu, l'homme chercherait vainement à le pénétrer. Que l'on examine comment les nationalités se sont constituées, on n'en trouvera pas une seule dans la formation de laquelle la force ne joue un rôle. La nationalité française est une des plus accentuées ; son génie est éclatant comme la lumière du soleil, et il brille d'un éclat admirable. Cependant c'est la guerre, la force brutale qui a déposé sur le sol français les diverses couches dont se compose la nation. La race celtique n'a-t-elle pas trouvé des aborigènes, et que sont devenues ces populations primitives? L'histoire s'ouvre avec la Grèce et Rome; les Grecs ont envoyé des colonies sur les bords de la Méditerranée, et chez les anciens, toute colonisation participait de la conquête. Puis est venu le peuple de la force, les Romains, et le grand conquérant, César, qui ont modifié, sans la détruire, la nationalité gauloise. Les Barbares arrivent, on dirait que c'est pour détruire la civilisation romaine, et ils inaugurent une ère nouvelle, ils apportent à la France l'esprit de liberté, qui trop souvent y a été étouffé par l'égalité romaine. Les guerres de la royauté étendirent les frontières de la France, et les grandes invasions de l'Europe coalisée respectèrent l'œuvre de la conquête. Naguère l'Allemagne victorieuse a été moins modérée, et moins prudente peut-être. Est-ce un abus de la force? ou est-ce le droit légitime du vainqueur? Toujours est-il qu'il est assez étrange que l'Allemagne reprenne une province allemande, et qu'elle enlève à la France une province française. Mais, au moins, elle a versé son sang pour faire cette acquisition. Que dire des

provinces polonaises qu'elle doit à l'abus de la force joint à la fraude? Je pose des questions : l'histoire y répondra, elle nous révèle les desseins de Dieu, mais elle ne peut apprendre à des êtres imparfaits et bornés les voies par lesquelles la Providence accomplit ses desseins, la force servant à préparer l'œuvre de l'unité nationale, comme la conquête a été un instrument de civilisation.

147. Le changement de nationalité est, en principe, volontaire. La force même, les conquêtes et les révolutions respectent ce principe, puisque le vainqueur permet aux vaincus d'émigrer. En faut-il conclure que personne ne peut perdre sa nationalité par le fait d'une volonté étrangère? A première vue, on est tenté de croire que cela est évident. Il s'agit du droit le plus précieux de l'homme; comment en serait-il dépouillé sans sa volonté et malgré lui? La question ne se présente que pour les incapables, les mineurs et les femmes mariées. En principe, l'incapacité ne change rien à la nationalité des incapables, sinon qu'eux-mêmes n'en peuvent disposer. Nos lois ne prévoient point la question, elles ne s'occupent que des intérêts pécuniaires, et elles les confient, quand il s'agit des mineurs, au père ou au tuteur, et pour les femmes mariées, au mari. Mais le pouvoir des administrateurs légaux, même en ce qui concerne les intérêts pécuniaires, n'est pas illimité; il ne dépasse point les actes d'administration : conçoit-on que celui qui ne peut disposer des biens du mineur et de la femme ait le pouvoir de disposer de leur nationalité? Quant aux incapables mêmes, la loi ne leur permet pas de disposer de leurs biens, sauf sous des conditions très sévères quand il s'agit des mineurs, conditions que l'on ne pourrait pas même appliquer par analogie à un changement de nationalité : peut-il être question d'une *nécessité absolue* ou d'un *avantage évident* que le mineur aurait de changer de patrie? La femme mariée peut faire tous les actes juridiques avec autorisation de son mari ou de justice; l'objet de cette autorisation n'a aucun rapport avec les intérêts moraux, tels que ceux qui s'attachent à la nationalité.

La question a encore une autre face. S'il est impossible

de la décider d'après les principes généraux qui régissent l'incapacité, n'en faut-il pas conclure que le législateur doit établir une règle spéciale? La nationalité est essentiellement d'ordre public; elle intéresse sans doute les particuliers, mais ce n'est pas dans leur intérêt privé qu'elle est établie et organisée. L'homme se rattache à une nation, parce que sa mission individuelle se confond avec celle de la nation à laquelle il appartient. Et comment peut-on savoir qu'il se rattache à telle nation plutôt qu'à une autre? La nationalité dépend de la famille; c'est la première association dont l'homme fait partie, et c'est l'ensemble des familles qui constitue la nation. Ne doit-on pas conclure de là que la nationalité de tous les membres de la famille doit être la même? L'enfant mineur peut-il avoir une autre nationalité que son père? La femme, qui ne fait avec son mari qu'un corps et qu'une âme, peut-elle avoir une autre patrie que son mari? Une famille divisée en elle-même n'est plus une famille; tous les membres qui la composent doivent avoir les mêmes sentiments, les mêmes idées, les mêmes intérêts. L'unité de nationalité semble être la conséquence forcée de l'unité de famille. Tel serait bien mon avis. Toutefois l'opinion contraire prévaut dans la doctrine et dans les lois; le législateur italien seul s'est inspiré des raisons que je viens d'exposer pour donner aux mineurs la nationalité du père, alors qu'il change de patrie, et pour maintenir le principe que la femme suit toujours la condition de son mari, alors que celui-ci abdique la nationalité qu'il avait en se mariant. Je reviendrai sur ces graves questions; ici je me borne à poser les principes; et sur la difficulté que j'examine, il n'y a point de principe arrêté.

148. Le changement de nationalité rétroagit-il? Il est de principe que ce changement n'a d'effet que pour l'avenir. C'est une conséquence de la règle généralement admise, que l'on ne peut avoir qu'une patrie. Or, si le changement de nationalité rétroagissait, celui qui acquiert une nationalité nouvelle, avec effet rétroactif, aurait eu deux patries, ce qui est légalement impossible. De là suit que, pour le passé, les droits et les obligations de celui qui

change de patrie sont réglés par son ancienne nationalité, et non par sa nationalité nouvelle. On applique par analogie la règle que les lois ne rétroagissent pas. L'article 20 du code Napoléon consacre le principe de la non-rétroactivité dans un cas particulier; il s'agit de ceux qui recouvrent la qualité de Français qu'ils avaient perdue; la loi leur témoigne, en général, une grande faveur, et néanmoins, ces Français qui rentrent dans leur patrie d'origine ne sont pas considérés comme ayant toujours été Français. A plus forte raison les étrangers qui acquièrent la nationalité française ne deviennent-ils Français qu'à partir du moment où ils changent de patrie.

Toutefois ce principe n'est pas absolu. Quand les Français changent de patrie par suite d'une séparation de territoire, ou d'une annexion, les lois qui leur permettent de conserver leur nationalité d'origine ajoutent d'ordinaire à cette faveur une faveur nouvelle, c'est que les Français qui optent pour leur patrie d'origine sont censés avoir toujours été Français. Le principe de rétroactivité me paraît plus conforme à l'essence de la nationalité que le principe contraire. Un changement de nationalité ne se concilie guère avec la théorie qui rattache les nations à Dieu, comme les individus sont rattachés à une famille. Abdique-t-on une famille, pour devenir membre d'une autre famille? Nos lois n'admettent pas même le changement de famille dans la parenté fictive qui résulte de l'adoption, l'adopté conserve la famille au sein de laquelle Dieu l'a fait naître. N'en devrait-il pas être de même de celui qui change de patrie, en ce sens du moins qu'il serait censé n'avoir qu'une seule patrie, celle de son choix, sa volonté remplaçant le vœu de la nature? Mais cette théorie serait en opposition avec la nature des choses. Il y a un principe qui s'impose forcément au législateur; c'est qu'il doit tenir compte des faits accomplis. Aucune puissance humaine ne peut défaire ce qui est fait; la loi ne peut pas considérer comme n'étant pas étranger celui qui en réalité l'est; elle ne peut pas annuler le passé en le réputant non avenu. Donc il est impossible que l'étran-

ger qui devient Français soit censé l'avoir toujours été. Si, par exception, la loi en dispose autrement dans certains cas, c'est une fiction; la fiction s'explique et se justifie, en ce sens que l'option que font les Français, en cas de séparation, a lieu d'ordinaire immédiatement après ces douloureux événements, ou du moins dans un bref délai, et avant qu'il y ait eu des faits et des actes posés par le Français en vertu de la qualité d'étranger que les traités lui avaient imprimée : s'il y avait eu de ces actes, on devrait les regarder comme non avenus, en vertu du principe de rétroactivité. Cela prouve que la rétroactivité n'est qu'une fiction, et par conséquent on ne peut l'admettre que lorsque le législateur l'a établie.

§ III. — *Abdication tacite de la nationalité.*

N° 1. DE L'ÉTABLISSEMENT A L'ÉTRANGER SANS ESPRIT DE RETOUR.

149. Le code Napoléon consacre implicitement la théorie que je viens d'exposer sur l'abdication de la patrie (n° 145). Il ne place pas parmi les causes qui font perdre la qualité de Français l'abdication qu'un Français ferait de sa nationalité. Lors de la discussion du titre Ier au conseil d'Etat, Cambacérès remarqua que la loi ne devait pas supposer que des Français abdiqueraient leur patrie, qu'il convenait donc de parler de la *perte* et non de l'*abdication* de la *qualité de Français*. En faut-il conclure que l'abdication qu'un Français ferait de sa patrie n'aurait aucun effet? Elle n'en aurait aucun en ce sens que la seule abdication ne suffirait point pour faire perdre la nationalité. D'après l'observation du consul Cambacérès, la perte de la nationalité est considérée comme une peine attachée à un fait plus ou moins répréhensible; or, la loi n'attache pas cet effet à l'abdication de la patrie. Toutefois si un Français s'établissait à l'étranger, l'abdication qu'il aurait faite de sa nationalité aurait un effet considérable; ce serait une preuve que le Français a quitté la France sans esprit de retour, et que par suite il a perdu la qualité de Français.

C'est en ce sens qu'il faut entendre le code italien qui, à première vue, semble admettre l'abdication expresse de la nationalité. L'article 11 est ainsi conçu : « La qualité d'Italien se perd : 1° pour celui qui y renonce par une déclaration devant l'officier de l'état civil de son domicile. » Voilà l'abdication expresse; mais suffit-elle? Non, car le code ajoute une condition : il faut que l'Italien qui a fait cette déclaration transfère sa résidence dans un pays étranger. Le code italien reproduit en réalité le principe de l'article 17 du code Napoléon, aux termes duquel la qualité de Français se perd par l'établissement fait en pays étranger sans esprit de retour. C'est renoncer tacitement à sa patrie; cette abdication tacite n'est pas sans difficulté, et par suite il y a quelque incertitude sur l'état de celui qui abandonne sa patrie pour s'établir ailleurs. La déclaration expresse admise par le code italien met fin à toute incertitude. J'avoue cependant qu'elle me répugne : on dirait un enfant qui répudie sa mère.

150. Le code Napoléon admet l'abdication tacite de la nationalité, par l'établissement fait en pays étranger sans esprit de retour; il rejette l'abdication expresse. Cela n'est pas contradictoire. L'abdication tacite n'est autre chose que le droit d'émigrer, et ce droit est une conséquence de la liberté individuelle, or l'émigration suppose plus que la volonté d'abdiquer la nationalité d'origine, elle implique le fait de quitter sa patrie pour s'établir ailleurs à demeure, et sans esprit de retour.

Pothier dit que l'esprit de retour doit se présumer, à moins qu'il n'y ait quelque fait contraire qui détruise une présomption aussi bien fondée, et qui prouve une volonté certaine de s'expatrier. Le seul établissement à l'étranger n'indique pas cette volonté; on peut rester établi à l'étranger pendant toute sa vie, sans perdre la qualité de Français. Il en résulte que celui qui prétend que le Français a perdu sa patrie en s'établissant sans esprit de retour, doit en faire la preuve. C'est ce que Boulay dit au conseil d'Etat, et il ajouta que cette preuve serait très difficile. Le consul Lebrun remarqua qu'elle serait im-

possible, ce qui est trop dire (1). Toujours est-il que la difficulté est grande de distinguer l'établissement en pays étranger avec esprit de retour, et l'établissement sans esprit de retour. L'article 17 augmente la difficulté en disposant que « les établissements de commerce ne pourront jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour ». Cela ne veut pas dire que le Français qui fait un établissement commercial à l'étranger ne perd jamais sa nationalité; la loi veut dire qu'un établissement de commerce ne peut jamais être allégué comme preuve que le Français a perdu l'esprit de retour. On suppose que le Français a l'intention de rentrer en France après avoir fait sa fortune. Supposition qui repose sur un très frêle fondement : combien y a-t-il de commerçants à Anvers et à Verviers qui conservent l'esprit de retour? La plupart sont fixés à demeure en Belgique; et le législateur cherche même à leur faciliter le moyen d'acquérir la qualité de Belge par la naturalisation. Mais enfin la loi est telle; de sorte qu'en fait, il devient presque impossible de prouver qu'un commerçant s'est établi à l'étranger sans esprit de retour (2). Il a été jugé, en conséquence, qu'un Français commerçant, établi en Angleterre, marié avec une Anglaise, y ayant résidé pendant toute sa vie, ayant des enfants nés en Angleterre, avait conservé la nationalité française, ainsi que ses enfants, quoique nés en Angleterre, et réputés Anglais, en vertu de la loi anglaise (3). Décision très juridique, mais il faut avouer que les faits ne sont point d'accord avec les présomptions de la loi.

Pour mettre fin à cette incertitude, le législateur italien a prescrit une déclaration solennelle par laquelle le citoyen renonce à sa nationalité. Je doute que ce moyen atteigne le but. L'expérience atteste que les déclarations d'intention prescrites par la loi, en matière de nationalité, ne se font point, alors même que celui qui néglige de remplir

(1) Pothier, *Traité des personnes*, part. I, tit. II, sect. IV. Séance du conseil d'État du 4 fructidor an IX, n° 9. Locré, t. I, p. 416, de l'édition de Bruxelles.

(2) Voyez le t. Ier de mes *Principes de droit civil*, p. 490, n° 384.

(3) Bordeaux, 27 août 1877 (Dalloz, 1878, 2, 193).

cette condition aurait intérêt à la faire : tel est l'enfant de l'article 9, né d'un étranger en France; il peut réclamer la qualité de Français en faisant une simple déclaration d'intention, et il omet de la faire. L'Italien qui s'expatrie n'a aucun intérêt à renoncer à sa nationalité, par un acte solennel; en ne le faisant pas il reste Italien ne perd aucun de ses droits et échappe aux charges par son éloignement.

Ne vaudrait-il pas mieux que le législateur tranchât lui-même la question de volonté par une présomption? Ce qui caractérise l'émigration, c'est que l'émigrant fixe son principal établissement en pays étranger, en abandonnant celui qu'il avait dans sa patrie d'origine. Cela ne veut pas dire que le changement de domicile prouve la volonté d'émigrer, bien qu'il en soit souvent ainsi; mais cette probabilité n'est pas assez forte pour que la loi en fasse une présomption; il faut qu'elle soit fortifiée par la longue durée de l'établissement. Celui qui pendant dix ans resterait fixé en pays étranger, où il a le siége de ses intérêts, serait présumé abdiquer sa patrie primitive; jusque-là il conserverait sa nationalité d'origine, ce qui mettrait fin à toute incertitude. La loi, pour concilier tous les droits et tous les intérêts, permettrait au citoyen domicilié pendant dix ans, en pays étranger, de faire la preuve contraire à la présomption qu'elle établit. Cette preuve sera rarement possible, et il arrivera rarement qu'elle soit offerte. L'incertitude, en tout cas, qui existe maintenant sur la condition des Français établis à l'étranger, cesserait le plus souvent.

151. Elle ne cessera pas entièrement. Pour que la condition des indigènes établis hors de leur patrie soit certaine, il faut que les lois et au besoin les traités décident qu'à l'expiration des dix ans après lesquels la nationalité d'origine se perd, l'émigrant acquerra de plein droit la nationalité étrangère. La disposition se justifie facilement. Celui qui s'établit à demeure en France, sans esprit de retour, a certainement l'intention de devenir Français : le législateur ne peut pas même lui supposer une autre intention, car celui qui perdrait sa patrie d'origine sans

vouloir en acquérir une autre, serait étranger partout; ce serait là une volonté immorale et destructive des sociétés civiles. Non seulement la loi ne peut pas supposer cette intention, mais elle doit la combattre en donnant au besoin à l'émigrant une patrie malgré lui; or, ayant abdiqué sa patrie d'origine, il ne peut pas en avoir d'autre que celle du pays où il s'est fixé. Tout ce que l'étranger peut demander, c'est de prouver qu'il a conservé sa patrie, en prouvant qu'il a toujours eu l'esprit de retour; en faisant cette preuve, il restera citoyen de sa patrie d'origine. On pourrait objecter que l'admission de la preuve contraire renouvelle l'incertitude. Il y aurait un moyen de la prévenir : c'est d'exiger que les étrangers établis en France depuis dix ans fissent une déclaration d'extranéité dans l'année. Cette obligation incomberait non seulement aux étrangers qui auraient un domicile proprement dit, mais aussi aux étrangers qui n'auraient qu'une résidence. Elle fixerait définitivement la condition de tous les étrangers expatriés de fait. Tous ceux qui seraient établis en France depuis dix ans seraient Français s'ils n'avaient pas fait dans l'année une déclaration d'extranéité.

On peut d'abord invoquer, en faveur de cette proposition, un motif d'intérêt général et de droit naturel. L'homme peut-il être sans patrie sur la terre que Dieu lui a donnée comme séjour? Il est certain que c'est une anomalie, et le législateur doit l'éviter. L'homme a le droit d'abdiquer sa patrie d'origine et de se choisir une patrie nouvelle. Faut-il pour cela le consentement de l'Etat où il s'établit? Oui, en principe. Ce consentement peut se donner par acte individuel, par la naturalisation; il peut aussi se donner d'une manière générale, la loi établissant les conditions requises pour l'acquisition de la nationalité, de manière que tous ceux qui remplissent ces conditions deviennent Français de plein droit. Nous en trouvons un exemple dans le code Napoléon; il permet à l'enfant né d'un étranger en France de réclamer la qualité de Français par sa seule volonté (art. 9); il en est de même de l'enfant né d'un Français qui a perdu cette qualité, quand même il naîtrait en France (art. 10). Il y a dans ces cas

naturalisation sans un acte individuel; la loi naturalise tous ceux qui veulent profiter de la nationalité qu'elle leur offre. N'y a-t-il pas d'autres cas dans lesquels le législateur peut et doit admettre cette naturalisation générale? Le droit commun de l'Europe déclare naturels d'un pays les étrangers qui y naissent sans déclaration aucune de volonté : la loi suppose qu'ils ont l'intention de rester dans le pays où ils ont vu le jour; sauf à eux à faire une déclaration d'extranéité. Ne doit-on pas accorder la même faveur à l'étranger qui émigre et qui vient se fixer en France et y réside pendant dix ans? Le séjour prolongé pendant cinq ans suffit pour obtenir la naturalisation ordinaire en Belgique; la loi française de 1867 se contente d'une résidence de trois ans. Si l'étranger reste établi dans le pays où il se fixe, pendant dix ans, cette longue résidence n'équivaut-elle pas au fait de la naissance dans le pays? La naissance, après tout, n'est qu'une présomption en faveur de l'enfant, tandis que l'immigrant a plus qu'une probabilité pour lui; il a prouvé qu'il veut abdiquer sa patrie d'origine en la quittant sans esprit de retour; et sa longue résidence en France prouve que c'est là qu'il veut s'établir à demeure, c'est sa patrie de choix; pourquoi la France ne l'adopterait-elle pas? Elle l'adopte régulièrement après trois ans de résidence s'il demande la naturalisation; après dix ans une demande n'est plus nécessaire; le fait de la résidence prolongée pendant de longues années tient lieu de demande.

On dira que le gouvernement ou le législateur doit examiner, dans chaque cas individuel, si l'étranger est digne d'être adopté. L'objection, à mon avis, repose sur un orgueil national très mal entendu. La *dignité* est certainement la règle et l'*indignité* une très rare exception : est-ce qu'on fait des lois pour des cas qui ne se présentent presque jamais? Le code permet à l'enfant né en France d'un étranger de *réclamer* la qualité de Français, sans qu'il s'enquière si l'enfant est *digne* de cette faveur ou non. Le droit commun de l'Europe le répute indigène, parce qu'on présume que sa volonté est de le devenir. C'est donc une question d'intention et non de dignité. Or,

sur l'intention de l'immigrant il n'y a aucun doute; sa longue résidence témoigne de sa volonté; et pour les cas très rares où la présomption ferait défaut, on lui permet de faire une déclaration d'extranéité. Dire que l'on ne doit pas prodiguer la naturalisation, est un vieux préjugé. Il n'y a pas plus d'honneur à être Français ou Belge qu'à être Anglais ou Allemand. Si un étranger qui abdique sa nationalité d'origine veut acquérir la nôtre, c'est à notre pays qu'il rend un service, puisqu'il nous apporte un capital intellectuel, commercial ou industriel.

On objectera encore que l'étranger n'a qu'à demander la naturalisation, qu'on ne la lui refusera pas. Si les étrangers ne demandent pas la naturalisation, c'est d'ordinaire indifférence, parfois calcul, comme on l'a constaté en France. Le législateur doit combattre l'indifférence en matière politique; c'est la ruine de la société civile, comme l'indifférence religieuse est la ruine de la religion. La loi dit à l'étranger fixé depuis dix ans en France, qu'il doit opter; tout en le déclarant Français, elle lui permet d'opter pour sa patrie d'origine. L'émigrant ne peut pas rester sans patrie, il doit en avoir une; la loi a donc le droit de lui imposer une option et de le réputer Français s'il ne fait pas une déclaration d'extranéité. Cela concilie tous les droits et tous les intérêts.

Le système que je propose est celui du code autrichien (art. 29). Les étrangers acquièrent le droit de cité par un séjour non interrompu de dix ans. Le code ajoute une exception pour l'étranger qui aurait subi une condamnation criminelle. L'exception est inutile, en ce sens que l'étranger condamné pour un délit peut être expulsé. Le droit d'asile ne s'étend pas aux criminels. Il y a un précédent d'une plus grande importance pour la France et pour la Belgique : toutes les constitutions françaises, depuis 1789 consacrent le système de la naturalisation générale sans un acte ou une concession individuels. J'y reviendrai en traitant de la naturalisation.

N° 2. DE L'ACCEPTATION DE FONCTIONS CIVILES OU DU SERVICE MILITAIRE EN PAYS ÉTRANGER.

152. D'après le code Napoléon, le Français perd sa nationalité par l'acceptation non autorisée par l'empereur de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger (art. 17). Il en est de même de celui qui, sans autorisation, prend du service militaire à l'étranger (art. 21). Ces deux dispositions sont abrogées en Belgique par la loi du 21 juin 1865. Je vais exposer d'abord les motifs de la législation française.

La nationalité impose des devoirs, et le premier devoir du citoyen n'est-il pas de consacrer sa vie et ses talents au service de l'Etat auquel il appartient? S'il quitte sa patrie pour remplir des fonctions publiques en pays étranger, il fait pour l'Etat étranger ce qu'il aurait dû faire pour l'Etat où il a vu le jour; il appauvrit sa patrie et enrichit le pays étranger auquel il consacre ses services. N'est-ce pas une abdication tacite de la patrie? Il est vrai qu'il peut y avoir des circonstances dans lesquelles l'acceptation de fonctions publiques n'implique pas l'intention de renoncer à sa nationalité : celui qui ne trouve pas un emploi dans sa patrie est obligé d'aller chercher ailleurs des moyens d'existence. Le code Napoléon avait pourvu à cette éventualité en permettant au Français de conserver sa nationalité, tout en acceptant des fonctions à l'étranger; c'était de demander l'autorisation de l'empereur. Cela semblait concilier tous les intérêts.

Prendre du service militaire à l'étranger est un fait plus grave. D'abord ce service est une obligation que la loi impose au citoyen, et qu'il doit remplir avant tout dans l'Etat auquel il appartient. Puis l'engagement dans une armée étrangère expose le Français à porter les armes contre la France. Cela était vrai surtout lors de la publication du code civil, puisque la guerre était permanente entre la France et l'Europe coalisée contre la révolution. Le code civil permettait d'ailleurs de prendre du service militaire chez l'étranger avec autorisation de l'empereur.

153. La législation française est très rigoureuse, sur-

tout pour ceux qui, sans autorisation, prennent du service militaire à l'étranger; ils perdent la nationalité française, et ils ne peuvent la recouvrer qu'en demandant la naturalisation; tandis que celui qui acceptait des fonctions civiles en pays étranger recouvrait la qualité de Français en rentrant en France avec l'autorisation de l'empereur et en déclarant qu'il voulait s'y fixer. Cette rigueur se comprenait sous le consulat et l'empire : prendre du service militaire dans les armées de la coalition, c'était prendre les armes contre la France. Mais la guerre a fait place à la paix : pour la Belgique, la paix est une obligation, puisqu'elle est déclarée neutre, et la neutralité est une condition de son existence.

Le législateur belge a tenu compte du changement qui s'est opéré dans notre état social. Il commença par permettre aux Belges qui auraient perdu leur nationalité pour avoir pris du service militaire à l'étranger de la recouvrer en demandant la grande naturalisation, sans qu'ils fussent tenus de justifier qu'ils avaient rendu des services éminents à l'Etat (1). Puis il abrogea l'article 21, et par suite il fut conduit à abroger aussi l'article 17, n° 2. Les raisons que l'on a données pour justifier cette abrogation sont très contestables. Des Belges avaient pris service dans l'armée du pape contre l'Italie. Il fallait leur appliquer la loi commune. On dit que le système français occasionnerait de très grands embarras à la Belgique quand des Belges demandent au roi l'autorisation de prendre du service dans une armée étrangère. N'est-ce pas violer sa neutralité que de permettre à des Belges de combattre dans les rangs de l'une des parties belligérantes? Ne vaut-il pas mieux que le pouvoir royal soit mis hors de cause? C'est cette situation difficile qui engagea le législateur à abroger l'article 21; et comme le fait d'accepter des fonctions civiles à l'étranger est moins grave que celui d'y prendre du service militaire, l'abrogation de l'article 21 entraîna celle de l'article 17, n° 2. Si l'on maintient la qualité de Belge à ceux qui s'enrôlent dans

(1) Loi du 27 septembre 1835, art. 2.

une armée étrangère, à plus forte raison doit-on la conserver à ceux qui remplissent à l'étranger un office civil (1).

J'ai bien des réserves à faire contre la loi de 1865. Il y avait un autre moyen de se tirer de la situation difficile où se trouvait le gouvernement du roi, c'était de défendre aux Belges de prendre du service, soit dans l'armée du pape, soit dans celle de l'Italie, et en général, de s'engager au service d'une puissance belligérante. Cette défense aurait été parfaitement conforme aux obligations de la Belgique déclarée neutre par les traités qui reconnaissent son existence. Le droit des gens moderne se montre de plus en plus sévère en ce qui concerne les devoirs des Etats neutres; il défend aux parties belligérantes de faire des enrôlements sur leur territoire (2). Par la même raison l'Etat neutre doit défendre à ses sujets de prendre du service dans une armée belligérante. Ce devoir est encore plus strict pour les Etats dont la neutralité est perpétuelle. La Belgique doit être l'amie de tous les peuples; et ce qui est un devoir pour l'Etat doit aussi être une obligation pour ses membres. Il serait dérisoire que le gouvernement déclarât qu'il est neutre entre le pape et l'Italie, s'il laissait aux Belges la liberté de former une légion au service du pape contre l'Italie. La neutralité perpétuelle de la Belgique doit entraîner la neutralité des Belges. A la rigueur, il en devrait être ainsi même en temps de paix. Dans l'état actuel du monde politique, la paix peut, d'un jour à l'autre, faire place à la guerre; et si les hostilités éclataient, le gouvernement serait obligé de rappeler les Belges qui serviraient dans une des armées belligérantes. N'est-il pas plus simple de leur défendre de s'enrôler dans un pays étranger? Cela met fin, en tout cas, à l'embarras que l'on invoquait en 1865. La situation de la Belgique serait aussi naturelle que loyale : elle dé-

(1) Exposé des motifs de la loi de 1865 (*Annales parlementaires*, de 1864 à 1865. p. 482).

(2) Voyez le Discours de Canning à la Chambre des communes, sur le *Foreign enlistement bill.* de 1819. (Phillimore, *International law*, t. III, p. 313.

fendrait aux Belges tout service militaire à l'étranger. Cette défense ne porterait aucune atteinte à la liberté des citoyens. Ils sont libres de donner leur vie pour la cause de la liberté civile et politique, comme pour la cause du despotisme politique ou religieux, mais chacun doit subir les conséquences de ses actions ; ils cesseront d'être Belges en agissant comme partie belligérante, alors que la loi de leur patrie est la neutralité.

La loi de 1865 a abrogé l'article 17, n° 2, du code Napoléon, comme conséquence de l'abrogation de l'article 21. D'après ce que je viens de dire, la neutralité de la Belgique commande, au contraire, le maintien de l'article 21. Reste à voir si l'on doit maintenir ou abroger l'article 17. L'acceptation de fonctions civiles à l'étranger n'a par elle-même aucune importance au point de vue de la nationalité. On ne peut pas dire que le Belge qui remplit des fonctions publiques en France entend abdiquer sa nationalité d'origine pour devenir Français ; la raison en est que ce fait ne dépend pas de la volonté de l'homme : n'est pas fonctionnaire qui veut ; et le Belge qui peut obtenir une position en Belgique ne songera point à aller chercher un emploi à l'étranger. On permet au Belge de fonder un établissement de commerce en France, et il conservera sa nationalité, quand même il aurait résidé à l'étranger pendant toute sa vie. Pourquoi ne pas laisser la même liberté aux Belges, en ce qui concerne les fonctions civiles ?

N° 3. LE MARIAGE.

I. *La condition de la femme mariée lors du mariage.*

154. Le code Napoléon (art. 12) dispose que la femme étrangère qui épouse un Français suit la nationalité de son mari. « Cette maxime, dit l'orateur du gouvernement, est fondée sur la nature même du mariage, qui de deux êtres n'en fait qu'un, en donnant la prééminence à l'époux sur l'épouse (1). » Le motif donné par Boulay est consi-

(1) Boulay, Exposé des motifs, n° 14 (Locré, t. Ier, p. 425, édit. de Brux.).

dérable. Il en résulte que c'est le mariage qui donne à la femme la nationalité du mari; donc l'étrangère qui épouse un Français change nécessairement de nationalité, en ce sens qu'elle ne peut se réserver sa nationalité d'origine; ce serait vouloir ce qui est contraire à la nature du mariage: le mari et la femme ne seraient plus deux corps dans une âme. L'étrangère est libre de ne pas se marier; mais elle n'est point libre de ne pas devenir Française si elle se marie avec un Français. Voilà pourquoi la loi ne lui demande pas une déclaration d'intention; elle ne peut pas avoir une intention contraire à la nature du mariage telle que le législateur le conçoit (1).

La femme étrangère devient Française par son mariage, elle acquiert donc une nouvelle nationalité. De là suit qu'elle n'est Française qu'à partir de son mariage; c'est l'application du principe général que j'ai établi plus haut (n° 148). Le changement de nationalité n'a d'effet que pour l'avenir, il ne rétroagit que dans les cas où la loi consacre formellement la rétroactivité. Or, l'article 12 du code civil dit simplement que l'étrangère suit la condition de son mari, c'est-à-dire qu'elle devient Française par son mariage, comme le dit l'exposé des motifs, par conséquent, à partir du moment où le mariage est célébré. Il y a un jugement en sens contraire du tribunal de la Seine (2). Dans l'espèce, la femme était née en France d'un étranger, et mineure. Le tribunal a décidé que cette femme était dans la même situation que l'enfant né en France d'un étranger qui réclame la qualité de Français dans l'année de sa majorité. Cela n'est pas exact. Le code civil contient deux dispositions très distinctes. L'une concerne l'enfant né en France d'un étranger : il doit faire une déclaration dans l'année de sa majorité pour devenir Français. L'autre relative à la femme étrangère qui épouse un Français: à quelque âge qu'elle se marie, elle devient Française par le mariage sans déclaration aucune. Les

(1) Voyez la critique de l'opinion contraire de Blondeau, dans mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 434, n° 349.
(2) Jugement du 16 janvier 1874 (*Journal du droit international privé*, t. 1er, p. 32.)

hypothèses et les conditions sont différentes. La conclusion que le tribunal tire du faux principe qu'il invoque est également fausse. Il est impossible, dans l'espèce, que l'acquisition de la nationalité française rétroagisse, puisque c'est le mariage qui est la cause du changement de patrie : l'effet peut-il précéder la cause? Ce serait une fiction : Est-ce que cette fiction est établie par la loi? A-t-elle au moins une raison d'être? Non. L'unité de l'époux et de l'épouse existe-t-elle par hasard à partir de leur naissance? En admettant même que la femme étrangère née en France et qui se marie avec un Français soit régie par l'article 9, la doctrine du tribunal serait encore très contestable. En effet, l'enfant de l'article 9, dans le système du code civil, naît étranger, il peut réclamer la qualité de Français; s'il la réclame, il change de patrie, et le changement de nationalité n'a pas d'effet rétroactif.

155. « La femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari. » Tels sont les termes de l'article 19 du code Napoléon ; ils sont identiques avec le texte de l'article 12. Est-ce à dire que l'effet soit aussi le même? Non, le code Napoléon peut bien déclarer Française la femme étrangère qui épouse un Français, mais il ne lui appartient pas de décider que la femme française qui épouse un Allemand ou un Anglais deviendra Allemande ou Anglaise; c'est le législateur allemand ou anglais qui seul a ce droit. Tout ce que l'on peut induire de l'article 19 est donc que la femme française qui épouse un étranger devient étrangère, elle perd sa nationalité. Acquiert-elle la nationalité du mari? C'est la loi nationale du mari qui décidera cette question. Il se peut que la femme française qui épouse un étranger perde sa nationalité d'origine et n'acquière point la nationalité de son mari; partant elle n'aura point de patrie. Telle était, dans la *common law*, la condition de l'étrangère qui épousait un Anglais, comme je le dirai plus loin. C'est une anomalie que les lois ou les traités doivent prévenir en réservant, dans ce cas, à la femme sa patrie première ; mais cette solution est mauvaise, puisqu'elle détruit l'unité nationale

de la famille. Il faut que les divers Etats s'entendent pour que sur ce point il y ait un principe uniforme.

156. Il se présente encore, en cette matière, une singularité que je dois mentionner, parce qu'elle touche au principe fondamental du changement de nationalité. On demande si la loi qui déclare étrangère la femme française, quand elle épouse un étranger, s'applique à la femme mineure. Si l'on s'en tient aux principes qui régissent l'incapacité du mineur, en ce qui concerne ses intérêts privés, il faut décider que le mineur, incapable de disposer de la moindre partie de ses biens, ne peut renoncer à sa nationalité, acquérir une nouvelle patrie, ou perdre même toute patrie. Cependant la jurisprudence et la doctrine admettent que la femme mineure qui épouse un Français devient Française (1), et il va sans dire que la femme mineure française qui épouse un étranger devient étrangère. Comment concilier cette théorie avec celle de l'incapacité? On répond que le mineur, assisté des personnes dont le consentement lui est nécessaire pour la validité de son mariage, peut faire les mêmes conventions matrimoniales que le majeur (art. 1398), qu'il peut même disposer de ses biens à titre gratuit, ce qui ne lui est jamais permis en dehors du mariage. On applique, en conséquence, à la femme mineure le principe que celui qui est capable de contracter mariage a par cela même capacité pour consentir toutes les conventions matrimoniales (2). Cette argumentation est excellente au point de vue du droit privé; mais la nationalité peut-elle être comparée aux biens matériels qui font l'objet du contrat de mariage? peut-elle faire l'objet de conventions? est-elle dans le commerce? Il est vrai que la loi permet au citoyen de renoncer à sa patrie, mais cela ne se fait pas par voie de contrat, cela se fait par la libre détermination de celui qui abdique sa patrie. Que devient ce principe quand la femme mineure renonce à sa nationalité? Ce n'est pas sa volonté qui décide, c'est celle de ses ascendants, ou du

(1) Paris, 11 décembre 1847 (Dalloz, 1848, 2, 49). Duranton, *Cours de droit civil*, t. Ier, p. 120, no 188, suivi par Demolombe, t. Ier, no 184.
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 493, no 386.

conseil de famille. C'est déjà une chose très grave et très choquante qu'un mineur puisse se marier, alors que ce n'est pas lui qui, en réalité, consent, et c'est une plus grande anomalie encore qu'il dispose de sa nationalité, alors qu'il est incapable de manifester une volonté légale. N'en faut-il pas conclure que c'est la loi qui agit plutôt que la femme mineure? Elle veut l'unité de la famille et, au besoin, elle l'impose aux incapables. Ce principe justifie la doctrine généralement admise, bien mieux que les règles du droit privé que l'on invoque. Je vais revenir sur le principe.

157. Le principe que la femme suit la nationalité de son mari est admis dans toutes les législations de l'Europe. D'abord dans les pays qui ont adopté ou maintenu le code français, en Belgique, dans les Pays-Bas, en Suisse, en Italie. Les lois allemandes l'ont consacré, avant le code Napoléon, notamment les codes de Prusse, d'Autriche et de Bavière (1). L'Angleterre seule avait un système à part; le mariage avec un Anglais ne donnait pas à la femme la qualité d'Anglaise; la *common-law* ne reconnaît la nationalité anglaise qu'à celui qui naît sur le sol de l'Angleterre. Quant à la femme anglaise qui épouse un étranger, elle restait Anglaise; c'était une conséquence du lien indissoluble de l'allégeance qui enchaîne le sujet à sa patrie et à son roi. J'ai dit plus haut que cette législation, à moitié féodale, entraînait les conséquences les plus graves et les plus absurdes; les conflits s'aggravèrent par suite de l'émigration anglaise aux Etats-Unis. L'Angleterre finit par s'affranchir d'une tradition qui remonte à Guillaume le Conquérant; elle se rallia au droit commun de l'Europe: l'acte de naturalisation du 2 mai 1870 porte que la femme mariée est censée sujette de l'Etat dont son mari est sujet (2). L'unité de droit qui s'est établie sur la nationalité de la femme est un fait considérable dans la formation du droit civil international. L'allégeance

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 111, de la 4e édition (nos 44, 46 et 48). — Code d'Italie, art. 19. — Constitution fédérale de la Suisse, art. 54.

(2) Wharton, *Conflict of laws*, § 43, p. 50.

perpétuelle du sujet anglais et la nationalité attachée à la naissance sur le sol semblaient être des principes essentiels du droit anglais, et presque de la constitution d'Angleterre, car la nationalité appartient au droit public plus qu'au droit privé, et la constitution anglaise plonge ses racines dans la féodalité. C'est une révolution que l'abandon de l'allégeance, et cette révolution en amènera une autre; elle aboutira à la réalisation de l'idéal de notre science, la communauté de droit entre les nations sur le terrain des intérêts privés.

158. Avant d'aborder les conséquences du principe qui détermine la nationalité de la femme mariée, je dois dire un mot d'une situation spéciale des femmes catholiques qui se font religieuses. Dans la doctrine de l'Eglise, elles contractent aussi un mariage, spirituel par essence, elles deviennent les épouses du Christ. C'est dire qu'elles n'ont plus rien de commun avec la vie réelle; elles vivent de la vie des anges. Les légistes, gens positifs, en tirèrent cette conséquence que les religieuses mouraient civilement; dès lors elles ne pouvaient plus avoir de nationalité. Que devient cette théorie dans la législation française, qui ne reconnaît plus de vœux perpétuels, partant plus de mort civile? En France et en Belgique, les religieuses restent sous l'empire du droit commun; en traitant des personnes civiles, je dirai que c'est là une fiction, et de la part des religieuses une de ces fraudes que l'on appelle pieuses, la piété consistant à frauder la loi. Mais que faut-il dire des Françaises qui entrent au couvent, dans un pays étranger où la théorie catholique est encore en vigueur et reconnue par la loi civile? Encourront-elles la mort civile et par suite la déchéance de la nationalité française? Il a été jugé que les religieuses, Françaises d'origine, n'abdiquent pas et ne perdent point leur nationalité, par la raison qu'elles ne sont pas frappées de mort civile en entrant dans un couvent étranger (1). La décision me laisse un doute. Je ne parle pas du conflit entre la loi religieuse et la loi laïque, il est éclatant; la religieuse entend certai-

(1) Rejet, 26 février 1873 (Dalloz, 1873, p. 1, 208).

nement, en prenant le voile, mourir au monde; tandis que la loi laïque la considère comme vivante, et jouissant de tous ses droits. Ce conflit, s'il se présentait en France ou en Belgique, serait facile à vider; pour mieux dire, il n'existe point aux yeux de la loi civile, puisque l'ordre civil domine l'ordre religieux. Mais quand des Françaises vont à l'étranger et y entrent en religion, est-ce la loi française qu'il faut appliquer ou la loi étrangère? La cour de cassation décide implicitement que c'est la loi française, c'est le statut personnel des Françaises, et ce statut les suit en pays étranger. Ici, il y a doute, à mon avis. Si les deux Françaises, dans l'espèce, avaient commencé par se faire naturaliser, certainement elles auraient perdu leur nationalité; elles l'auraient perdue encore en se mariant avec un étranger; or elles ont voulu contracter un mariage spirituel, elles ont voulu mourir au monde; et la loi civile du pays où elles entraient en religion reconnaissait et consacrait cette mort civile, donc elles ont cessé d'être Françaises. C'est la loi étrangère qui, dans ce cas, doit recevoir son application et non la loi française. En Belgique, et d'après la Constitution belge, il faudrait décider le contraire; la mort civile est abolie par une disposition constitutionnelle; donc la mort civile encourue à l'étranger n'aurait aucun effet en Belgique : le statut belge l'emporterait sur le statut personnel de l'étranger. En France, au contraire, on reconnaît les effets de la mort civile encourue à l'étranger. Je reviendrai sur cette question difficile.

II. *De la femme pendant le mariage.*

159. Le principe que la femme suit la nationalité de son mari reçoit-il son application pendant le mariage? C'est-à-dire, la femme changera-t-elle de nationalité si le mari acquiert une nationalité nouvelle? ou conserve-t-elle la nationalité qu'elle a ou qu'elle acquiert en se mariant? Il y a controverse et doute. Avant d'examiner la question en théorie, je vais exposer le principe admis en droit français par la doctrine et par la jurisprudence. Je

l'ai déjà formulé en établissant les principes généraux qui régissent la nationalité. Changer de nationalité, c'est abdiquer sa patrie, pour en acquérir une nouvelle; cela ne peut se faire que par un acte de volonté; cet acte est essentiellement personnel. En effet, renoncer à sa patrie, c'est disposer de sa nationalité, il n'y a pas de droit plus considérable. Celui-là seul à qui il appartient a qualité pour y renoncer : c'est l'application d'une règle élémentaire de notre science, nous pouvons renoncer à un droit qui nous appartient, nous ne pouvons pas renoncer à un droit qui ne nous appartient pas. Le mari change de nationalité, il renonce à sa patrie, il en a le droit; mais il n'a pas le droit de renoncer au nom de la femme à un droit qui appartient à celle-ci, donc la femme conservera sa nationalité, sa patrie d'origine ou celle qu'elle a acquise en se mariant.

Objectera-t-on que, d'après le code Napoléon et d'après le droit commun de l'Europe, la femme suit la condition de son mari, parce que les deux époux, n'ayant qu'une âme en deux corps, ne sauraient avoir une nationalité différente? On répond que c'est faire dire au code civil ce qu'il ne dit point; il ne formule pas le principe en termes absolus, en déclarant que la femme ne peut avoir d'autre nationalité que celle de son mari; il dit seulement que la femme change de nationalité quand elle se marie avec un étranger; or le mariage implique le consentement; la volonté de la femme intervient donc dans l'abdication qu'elle fait de sa patrie. En ce sens, le changement de nationalité est volontaire, tandis qu'il serait forcé si la femme devait nécessairement suivre la condition de son mari pendant le mariage. Il y a un cas dans lequel il me paraît certain que l'on dépasserait la loi en déclarant que la femme mariée change de nationalité avec son mari. Une femme française épouse un Français; pendant le mariage le mari se fait naturaliser en Angleterre : quel est l'article du code Napoléon d'où l'on puisse induire que la femme deviendra Anglaise? L'article 19 dit bien que la femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari, mais il ne dit pas que la femme française qui

épouse un Français suivra la condition de son mari, si celui-ci, pendant le mariage, change de nationalité. La femme peut dire, dans ce cas, qu'elle a entendu épouser un Français et non un étranger; et de quel droit le mari la dépouillerait-il de sa nationalité française pour lui imposer la nationalité anglaise, dont elle ne veut point? D'ailleurs la naturalisation est une faveur personnelle; par application de ce principe, la loi belge de 1835 a décidé que la naturalisation du père ne change point la condition des enfants. A plus forte raison en est-il ainsi de la femme.

Par le même motif, il faut décider que la femme étrangère qui épouse un Français reste Française, bien que son mari change de patrie pendant le mariage. Ici il y a cependant un doute. L'étrangère est devenue Française parce qu'elle a épousé un Français. Si le mari abdique sa nationalité et en acquiert une autre, n'est-ce pas le cas de dire que la même cause doit produire le même effet? Le mari n'étant plus Français, la femme doit cesser d'être Française, et le mari acquérant une nouvelle patrie, la femme doit suivre sa condition. L'objection a entraîné quelques auteurs (1). Elle n'est pas péremptoire, car elle suppose ce qu'il s'agit de prouver, à savoir que la femme doit toujours et dans toute hypothèse suivre la condition de son mari. Cette doctrine est en opposition avec le principe qui domine la matière du changement de nationalité : c'est qu'il est essentiellement volontaire; or, la femme, en épousant un Français, a bien voulu devenir Française, mais n'a pas consenti à changer de nouveau de nationalité pendant le mariage, en adoptant d'avance comme patrie celle qu'il plairait au mari de choisir. Tout ce à quoi elle s'est obligée, c'est de suivre son mari partout où il jugera à propos de résider; mais elle n'est pas tenue d'abdiquer la nationalité qu'elle tient de son mariage.

160. La question présente de nouvelles difficultés

(1) Voyez les divers systèmes dans la Dissertation de Blondeau (*Revue du droit français et étranger*, 1844, t. I[er]).

quand le mari s'établit à l'étranger saus esprit de retour. Il perd la qualité de Français, alors même qu'il n'acquerrait point la nationalité du pays où il s'est établi. La femme perdra-t-elle aussi sa nationalité parce qu'elle est obligée de suivre son mari dans le pays où il va s'établir? La question a été discutée au conseil d'Etat. Napoléon remarqua que si la femme perdait sa nationalité pour avoir suivi son mari, elle serait punie en quelque sorte parce qu'elle a rempli son devoir. On proposa d'ajouter une disposition qui conserverait à la femme sa nationalité française. La proposition ayant été ajournée, il n'y eut pas de décision (1). La solution, dans le système du principe français, dépend de la volonté de la femme, puisqu'elle ne peut perdre sa nationalité que par son consentement. Le fait seul que la femme suit son mari en pays étranger n'est pas une manifestation de volonté, puisqu'elle y est obligée par la loi. Mais de là on a tort de conclure que la femme ne perd jamais sa nationalité; s'il est prouvé qu'elle a voulu s'expatrier avec son mari, elle perd comme lui la qualité de Français. Il reste encore un doute; la femme frappée d'incapacité juridique, ne pouvant faire aucun acte sans autorisation maritale, peut-elle abdiquer sa nationalité sans y être autorisée? En principe, non; je reviendrai sur la difficulté. Dans l'espèce, on peut dire que la femme est autorisée tacitement par le mari qui concourt dans l'acte d'émigration (2).

161. La jurisprudence française consacre le principe que je viens d'établir : le changement de nationalité dépend d'un acte de volonté, donc la femme ne peut perdre sa qualité de Française que par son consentement; la naturalisation du mari n'a aucun effet sur la nationalité de la femme. Jugé ainsi par la cour de Toulouse, dans une espèce où la naturalisation avait été acquise en fraude des droits de la femme. La cour pose en principe que la femme ne peut, à son insu et sans son consentement, perdre sa qualité de Française par la naturalisation de

(1) Séance du conseil d'Etat du 6 thermidor an IX, n° 25 (Locré, t. I, p. 354). Maleville, *Analyse*, t. I[er], p. 35 et suiv.

(2) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. 1[er], p. 494, n° 387.

son mari en pays étranger postérieurement au mariage. Sur le recours en cassation, cette proposition ne fut pas contestée; elle est, en effet, généralement enseignée (1). L'arrêt ne motive pas la proposition; il la considère comme un axiome. La cour de Chambéry dit que l'article 19 du code civil, qui dispose que la femme française suit la condition du mari qu'elle épouse, est applicable au cas où le mari est étranger lors de la célébration du mariage; on ne peut l'étendre au cas où, postérieurement à la célébration, et quand la femme a acquis la nationalité française, le mari sans le consentement de sa femme, et sans même lui en donner avis, a jugé convenable de se faire naturaliser en pays étranger, tandis que la femme continuait à résider en France, et loin d'adhérer à la résolution de son mari, manifestait une volonté contraire par son attitude et par ses actes (2).

162. D'ordinaire ces naturalisations si subitement demandées et obtenues ont pour but de faire fraude aux droits de la femme. Il en était ainsi dans l'espèce que je viens de citer. La femme demandait la séparation de corps; pour entraver l'action et la rendre à peu près impossible, le mari se fit naturaliser en Italie, dans le but de distraire sa femme de son juge naturel, et de l'attraire en pays étranger, où il lui eût été très difficile de justifier sa demande. La fraude, dans mon opinion, vicie les actes qu'un Français va faire en pays étranger. J'ai discuté la question dans la première partie de ces Etudes (3). On objecte qu'il n'y a point de fraude à faire ce que l'on a le droit de faire. Je vais citer un cas qui s'est présenté devant la cour de Paris et dans lequel la fraude à la loi est évidente.

Un Français épouse une Hollandaise en 1854; en 1866 un jugement prononce la séparation de corps. Les époux par un acte collectif, daté de Paris, sollicitent du conseil d'Etat du canton de Schaffhouse des lettres de naturali-

(1) Toulouse, 17 juillet 1874 (Dalloz, 1876, 1, 7). Comparez les auteurs cités en note, p. 5.
(2) Chambéry, 27 août 1877 (Dalloz, 1878, 2, 184).
(3) Voyez le t. II du *Droit civil international*, p. 535, nos 294, et suiv.

sation. La demande, faite au mois d'octobre 1873, est octroyée le 17 janvier 1874; la naturalisation à peine obtenue, le 28 février 1874, le mari saisit le tribunal supérieur du canton de Schaffhouse d'une demande en divorce; le mois suivant, une pareille demande est formée par la femme; le 4 septembre, une sentence définitive déclare le mariage dissous; le 19 novembre, une nouvelle sentence autorise la femme divorcée à contracter un nouveau mariage, à partir du 4 décembre; le 23 janvier 1875 la femme se marie devant l'officier de l'état civil de Paris. Le mari ayant demandé la nullité du second mariage, la cour de Paris la prononça par un arrêt qui adopte les motifs des premiers juges.

Le tribunal de la Seine discute avec beaucoup de soin les difficultés que présentait le procès. Est-ce que la naturalisation s'était faite en fraude de la loi française? Tous les documents de la cause prouvaient que les époux avaient sollicité la nationalité suisse, dans le but de faire fraude au principe de la loi française qui consacre l'indissolubilité du lien conjugal. Ni l'un ni l'autre ne songeaient à acquérir une patrie nouvelle, en vue d'exercer désormais les droits qu'elle confère, et à charge de remplir les obligations qu'elle impose. Le mari n'avait pas même quitté la France, il continua à habiter Paris, où il résidait encore lors du dernier procès. L'intention frauduleuse de la femme était encore plus évidente : elle se fait naturaliser en Suisse et y divorce, puis elle épouse à Paris un Français, redevient Française, et recouvre ainsi la nationalité française qu'elle venait d'abdiquer : la naturalisation suisse n'était donc pas le but, c'était le moyen d'échapper à la loi française qui abolit le divorce.

On objectait ce que l'on a objecté dans la célèbre affaire Bauffremont, que la naturalisation émanée d'une puissance étrangère, indépendante et souveraine, ne pouvait être infirmée par les tribunaux français. Le tribunal de la Seine répond, et la réponse me paraît péremptoire : En déclarant nulle la naturalisation faite en fraude de la loi française, les juges français n'invalident pas la naturalisation, ils n'entendent pas exercer un contrôle sur cet acte;

ils se bornent à en apprécier les effets. D'abord à l'égard de la loi française : celle-ci doit-elle respecter un acte qui est fait en fraude de sa disposition d'ordre public? Ensuite à l'égard des tiers qui ont droit et intérêt au maintien du mariage dissous, en suite de la naturalisation : la loi française doit-elle son appui à un acte qui n'est pas l'exercice d'un droit, mais l'abus d'un droit? à une naturalisation suisse par laquelle les naturalisés n'ont pas entendu devenir Suisses? Quand la naturalisation a été poursuivie exclusivement en vue de faire fraude à la loi française, elle ne saurait être invoquée à l'encontre des intérêts d'ordre public que cette même loi a pour but de protéger. L'acte de naturalisation ne peut avoir d'effet en France en tant qu'il fait fraude à la loi française; en Suisse il subsiste, et il y produit les effets qui y sont attachés par la législation suisse (1).

La cour de cassation a consacré ces principes dans l'affaire Bauffremont. Le pourvoi soutenait, comme d'excellents publicistes l'ont soutenu en Allemagne, que la naturalisation de la princesse de Bauffremont ayant été légalement accordée, la princesse avait cessé d'être Française, et que les tribunaux de France ne pouvaient plus la considérer comme telle. La chambre civile répond que l'arrêt attaqué n'avait pas eu à statuer sur la régularité et la valeur juridique, en Allemagne et d'après la loi allemande, de la naturalisation et du divorce qui l'avait suivie; que la cour de Paris s'est placée uniquement au point de vue de la loi française qui dominait le débat; que la princesse de Bauffremont n'avait pu, par une naturalisation acquise à l'étranger, fût-elle autorisée par son mari, transformer sa condition de femme séparée en celle de femme divorcée. Je reviendrai sur ce point, en traitant du divorce. La cour de cassation ajoute que l'arrêt attaqué constate, en fait, que la princesse de Bauffremont avait sollicité et obtenu la nationalité allemande, non pas pour exercer les droits et accomplir les devoirs qui en découlent, en établissant son domicile dans le duché de Saxe-

(1) Paris, 30 juin 1877 (Dalloz, 1878, 2, 6).

Altenbourg, mais dans le seul but d'échapper aux dispositions de la loi française sur l'indissolubilité du mariage; que son propre fait témoignait de la fraude, puisqu'elle avait aliéné sa nouvelle nationalité, aussitôt qu'elle l'avait acquise. La cour en conclut que des actes faits en fraude de la loi française et au mépris d'engagements antérieurement contractés n'étaient pas opposables au prince de Bauffremont (1).

163. La fraude vicie tous les actes, peu importe que les parties intéressées fraudent la loi ou les droits des tiers; le principe ne saurait être contesté; tout ce qu'on peut soutenir, c'est que l'acte fait en vertu d'un droit n'est pas frauduleux. J'ai déjà répondu à l'objection (2), et dans l'espèce, la fraude est si patente que je crois inutile de renouveler le débat.

Autre est la question de savoir si le changement de nationalité du mari pendant le mariage entraîne aussi pour la femme un changement de patrie. La doctrine et la jurisprudence françaises sont fondées sur le principe que personne ne peut perdre sa nationalité ni en acquérir une nouvelle sans sa volonté et son consentement. Ce principe est vrai (n° 161), mais est-il vrai d'une manière absolue? En droit, les principes se modifient d'après les personnes et les circonstances juridiques auxquelles ils doivent recevoir leur application. Il faut donc voir si le principe qui régit le changement de nationalité se concilie avec l'essence du mariage. Or, si l'union que produit le mariage est si intime, que les deux époux ne font plus qu'un seul être, n'en faut-il pas conclure que la femme ne peut avoir une autre nationalité que le mari? Le code le décide ainsi, au moment où le mariage se célèbre; mais ce n'est pas seulement à ce moment que les époux ne font qu'un être en deux corps, c'est alors que cette union commence, et elle doit durer aussi longtemps que le mariage subsiste; or il est, en principe, indissoluble : c'est donc une union éternelle que les époux contractent. Si le législateur trouve

(1) Rejet, Chambre civile, 18 mars 1878 (Dalloz, 1878, 1, 201.
(2) Voyez le tome II de ces Etudes, n° 298 et suiv. p. 540.

que cette union n'est parfaite que si les époux ont une même patrie, il en doit être ainsi pendant toute la durée du mariage; la femme en se mariant est censée consentir à suivre toujours la condition du mari. On peut donc, même sous l'empire du code Napoléon, soutenir que l'unité du mariage doit avoir pour conséquence l'unité de patrie.

En réalité, il y a deux principes en conflit, celui de l'unité du mariage, et celui de la personnalité des époux : si l'on ne tient compte que de l'unité du mariage, la femme doit toujours suivre la condition du mari : si l'on maintient pendant le mariage le principe de la personnalité, la femme doit conserver sa nationalité d'origine, ou celle qu'elle acquiert par le mariage, elle ne peut changer de patrie que par sa volonté ou avec son consentement. Lequel des deux principes est le vrai? ou du moins lequel doit l'emporter sur l'autre? Le législateur italien a donné la préférence à l'unité du mariage; aux termes de l'article 10 du code d'Italie, la femme suit la condition de son mari quand celui-ci acquiert une nouvelle patrie par la naturalisation. Pisanelli, l'un des auteurs du code, avoue que le pouvoir que le code reconnaît au mari de changer la nationalité de la femme paraît exorbitant; mais, dit-il, l'unité de la famille l'exige; logiquement, moralement, on ne conçoit pas que les deux époux soient régis par des statuts différents (1). Le code badois contient une disposition analogue dans le cas où le mari émigre; la femme et les enfants mineurs changent de patrie avec lui (2). Ce n'est pas seulement une question de statut; il y a des considérations morales et politiques d'une haute gravité en faveur de l'unité de mariage. M. Brocher les a très bien développées, dans son *Nouveau Traité de droit international privé.* Il cite la définition que les jurisconsultes romains donnent du mariage : « Nuptiæ sunt conjunctio maris et fœminæ, et *consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio.* » « Matrimonium est viri et mulie-

(1) Pisanelli, *Dei progressi del diritto civile in Italia*, p. 62.
(2) Behaghel, *Das Badische bürgerliche Recht*, t. Ier, p. 109.

ris conjunctio, *individuam vitæ consuetudinem continens* (1). » Comment, dit Brocher, un pareil idéal pourrait-il se réaliser si chacun des époux avait sa patrie distincte? N'est-ce pas introduire un élément de dualité et de division dans un rapport qui exige impérativement l'unité (2)? Si le principe romain conduit à l'unité de patrie dans le mariage, cette unité est encore d'une nécessité plus évidente dans le mariage chrétien. La facilité déplorable du divorce faisait un singulier contraste avec la doctrine des jurisconsultes : que devenait la communion de toute la vie quand les hommes changeaient de femme aussi souvent que de chemise, comme le dit un Père de l'Eglise? Le christianisme déclare le mariage indissoluble : les deux époux n'ont plus qu'une âme dans deux corps. C'est trop dire, mais toujours est-il que le mariage est l'union la plus intime que l'on puisse concevoir. Que deviendrait cette union si les époux appartenaient à des nations distinctes, ennemies? La femme est Française, le mari Allemand : voilà la discorde au foyer de la famille. Est-ce que la mère Française élèvera ses enfants dans l'amour de la patrie allemande, qu'elle déteste de toutes les forces de son âme? Elle quitte père et mère en se mariant, elle sort de sa famille, avec la famille elle doit abdiquer sa patrie, et n'en avoir point d'autre que celle de son mari. Voilà l'idéal chrétien; je crois que c'est le vrai.

164. Les deux principes contraires soulèvent une nouvelle difficulté. On demande si la femme peut changer de nationalité, pendant le mariage, avec ou sans l'autorisation du mari? Les deux principes conduisent ici à des conséquences toutes différentes. L'arrêt que la cour de cassation a rendu dans l'affaire Bauffremont implique que la femme séparée de corps peut changer de nationalité avec autorisation du mari. Cela est très logique, si l'on admet que la femme peut avoir une autre nationalité que le mari; elle doit avoir le droit de changer de patrie, mais comme elle ne peut faire aucun acte juridique sans

(1) L. 1, D. XXIII, 2 (*De ritu nuptiarum*). Instit. I, 9 (*De patria potestate*).
(2) Brocher, *Droit international privé*, p. 128 et suiv.

autorisation, elle devra être autorisée par le mari ou par justice. Cette conséquence ne témoigne pas pour le principe dont elle découle. Le code civil veut que la femme suive la condition de son mari; il lui impose une nationalité, afin que les deux époux aient la même patrie; et dès le lendemain du mariage, la femme pourra abdiquer sa patrie légale si le mari y consent. Cela n'est pas logique. Quand les époux sont séparés de corps, on peut dire que la femme, pouvant s'établir où elle veut, doit aussi avoir le droit de changer de patrie. L'argumentation cloche, à mon avis. La séparation de corps peut cesser d'un jour à l'autre; le mariage subsiste avec tous ses effets, sauf que la vie commune n'est pas obligatoire pour les époux : partant, la nationalité des époux doit rester la même. Cela est d'évidence dans le principe de l'unité du mariage; la dissolution du mariage peut seule rendre les époux à leur liberté et leur permettre de choisir une patrie. Tant que dure le mariage, la patrie du mari est nécessairement celle de la femme. Vainement le mari l'autoriserait-il à changer de nationalité, il ne peut rien faire qui soit contraire à l'essence du mariage. Le mari ne pourrait certes pas autoriser sa femme à vivre séparément; il ne peut pas non plus lui permettre de rompre l'unité morale en changeant de patrie. Logiquement le législateur devrait même défendre au mari de changer de nationalité sans le concours de la femme; il ne suffit pas que la femme conserve sa patrie d'origine ou d'adoption lorsque le mari change de nationalité; si le mari peut abdiquer la patrie commune, l'unité sera rompue, ce qui est contraire à l'essence du mariage. Dans le système de l'unité, le mari ne peut pas plus la rompre par son fait que par l'autorisation qu'il donnerait à la femme de la rompre. Mais rien n'empêche les époux de changer de patrie s'ils y consentent l'un et l'autre; la loi veut qu'ils n'aient qu'une seule patrie, mais elle ne leur impose aucune nationalité; l'unité du mariage subsiste quand les époux, par concours de volonté, adoptent une nouvelle patrie, donc le but de la loi est atteint.

III. *Les enfants.*

165. En droit français les enfants acquièrent en naissant la nationalité de leur père. Ils ont même le droit, dans l'opinion commune, de se prévaloir de la patrie que le père avait lors de leur conception. Cette patrie d'origine et de race peut-elle leur être enlevée par le fait du père? J'ai toujours supposé que le père n'avait pas ce droit, et cela n'est pas douteux dans le système français que je viens d'exposer; il s'applique aux enfants aussi bien qu'à la femme, il a même plus de force quand il s'agit des enfants, puisqu'ils tiennent leur nationalité de la race, c'est-à-dire de la volonté de Dieu, tandis que la femme mariée suit la condition du mari en vertu de la loi. Or, le père ne peut pas changer la race de l'enfant par sa volonté; c'est déjà une dérogation au principe de nationalité que l'homme puisse abdiquer un droit qu'il a en vertu de sa naissance; si on l'admet, c'est comme conséquence de la liberté individuelle, et cette liberté est essentiellement personnelle, puisqu'elle n'est autre chose que la reconnaissance et la garantie de la personnalité. Il suit de là que le père ne peut pas porter atteinte à un droit de l'enfant; donc il ne peut le dépouiller de sa nationalité d'origine en changeant de patrie. Quand l'enfant est majeur, cela est d'évidence; le majeur dispose lui-même de ses droits, et le père n'a plus aucun pouvoir sur lui. Tant que l'enfant est mineur, le père a la puissance paternelle, mais, en droit français, cette puissance n'est autre chose que le devoir d'éducation et le droit de correction qui y est attaché; c'est par une conséquence de ce devoir que l'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père (1). Le père est aussi administrateur légal des biens de ses enfants mineurs (C. Nap., art. 389). C'est encore une obligation plutôt qu'un droit. En définitive, le code Napoléon consacre la maxime coutumière que *puissance paternelle n'a lieu* (2). Dans cet ordre d'idées, on ne conçoit pas que le père dispose de la natio-

(1) Code Napoléon, art. 375-381, et art. 374.
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. IV, n°s 258 et 271.

nalité que l'enfant tient de sa race, quand il change lui-même de patrie. Ce changement n'a aucun effet à l'égard de l'enfant mineur; on ne peut se prévaloir du concours de volonté de l'enfant, car le mineur n'a pas de volonté, légalement parlant. Dans le système du code civil, le père, comme le tuteur, représente le mineur dans tous les actes civils; mais ils le représentent pour le protéger et non pour disposer de ses droits. Même quand il s'agit de droits purement pécuniaires, le père n'a qu'un pouvoir d'administration. La loi garde le silence sur les actes de disposition, c'est dire que le père administrateur n'a pas le pouvoir de disposer des biens; à plus forte raison ne peut-il pas disposer de la nationalité de l'enfant; c'est un droit dont le citoyen seul a la disposition. Pendant sa minorité l'enfant ne peut changer de patrie, puisqu'il n'a pas l'exercice de ses droits; et le père ni le tuteur ne le peuvent en son nom, puisque la loi ne leur accorde pas ce pouvoir (1).

166. Telle est la théorie française. Une jurisprudence constante et unanime la consacre. La cour de Lyon, adoptant les motifs des premiers juges, a formulé le principe en ces termes : « D'après nos lois, la qualité de Français, et d'une manière générale, la nationalité est tout à fait inhérente à la personne; en sorte que l'état de l'enfant mineur reste indépendant de tous les changements survenus dans celui du père, tant que le mineur devenu majeur n'a pas manifesté l'intention de le changer (2). » Et il ne suffit point d'une intention quelconque que l'enfant, arrivé à sa majorité, manifesterait de profiter de la naturalisation acquise à son père; il ne suffit pas même qu'une commune étrangère déclare le reconnaître comme membre de ladite commune; une naturalisation nouvelle et personnelle, dans les formes voulues par la loi étrangère, serait nécessaire pour lui faire perdre la nationalité, au

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. Ier, n° 175. Aubry et Rau, *Cours de droit civil, d'après la méthode de Zachariæ*, t. I, p. 255, § 71. Robillard, *Essai sur l'acquisition et la perte de la qualité de Français*, p. 123, et mes *Principes de droit civil*, t. I, nos 323, 340 et 352.

(2) Arrêts de Lyon, 19 mars 1875, et de Toulouse, 26 janvier 1876 (Dalloz, 1877, 2, 65 et 66).

regard de la loi française. Ce sont les termes d'un arrêt de la cour de Toulouse.

Il a été jugé, par application de ces principes, que l'enfant mineur conserve sa nationalité quand sa mère se marie avec un Français et devient Française. Dans l'espèce, il s'agissait d'un enfant naturel, reconnu par sa mère Bavaroise; celle-ci se maria avec un soldat français : on prétendit que l'enfant devait suivre la condition de sa mère. La cour de Bordeaux décida que l'enfant, né Allemand, ne pouvait acquérir la nationalité française par le changement d'état de sa mère. La minorité d'un enfant ne l'empêche pas d'avoir une nationalité propre qui lui appartient dès sa naissance, distincte de celle que ses parents peuvent perdre ou acquérir, et qui ne peut être aliénée que par son fait. A l'appui de cette doctrine, la cour cite la loi française sur la naturalisation, aux termes de laquelle les enfants mineurs d'un étranger naturalisé Français ne deviennent pas Français par le fait de la naturalisation de leur père, mais sont seulement admis à réclamer cette qualité dans l'année qui suit leur majorité (1). La loi belge de 1835 (art. 4) contient une disposition analogue.

Par identité de raison, il faut décider que l'enfant mineur ne perd point sa nationalité d'origine quand ses parents vont s'établir en pays étranger sans esprit de retour. L'émigration et l'expatriation des père et mère sont des faits qui leur sont personnels et qui ne peuvent enlever à l'enfant un droit qu'il tient de sa naissance. Il est vrai que l'enfant accompagne ses parents et qu'il se nationalise de fait là où sa famille s'établit; mais le fait n'a aucune influence sur le droit, tant que l'enfant est mineur; c'est seulement à sa majorité qu'il est capable de volonté et qu'il a l'exercice et la disposition de ses droits. La conséquence est si évidente qu'il est inutile d'insister.

167. Il y a un autre système, celui de l'unité de famille. Si la femme prend la nationalité de son mari et la

(1) Loi du 7 février 1851, art. 2. Bordeaux, 24 mai 1876 (Dalloz, 1878, 2, 79).

conserve pendant son mariage en changeant de patrie lorsque le mari acquiert une nationalité nouvelle, à plus forte raison en doit-il être ainsi des enfants. Y a-t-il encore une famille quand le père et le fils ont une nationalité différente? L'enfant devient soldat pendant sa minorité ; il est Allemand de naissance, son père est devenu Français; l'enfant et le père combattront l'un contre la patrie de l'autre, et pourront se rencontrer comme ennemis sur un même champ de bataille. Il n'y a pas de principe de droit qui puisse justifier cette affreuse conséquence. L'enfant mineur appartient à sa famille, il lui doit la vie, il doit suivre sa destinée. Il est vrai qu'arrivé à la majorité, l'enfant peut se séparer de sa famille et changer de patrie : c'est aussi une anomalie, mais c'est l'exercice de la liberté, et la liberté constitue la vie morale de l'homme, elle domine tout. Ces principes sont suivis en Allemagne, en Suisse, en Italie, en Angleterre et aux Etats-Unis (1).

Je crois que le principe de l'unité de famille doit l'emporter sur le principe français. Mais en attendant que la conciliation se fasse, il y a conflit entre la législation française, qui est aussi celle de la Belgique, et les législations des peuples voisins. Un Français se fait naturaliser en Suisse, de bonne foi, je le suppose; ses enfants mineurs deviennent Suisses; peuvent-ils se prévaloir de leur nationalité suisse en France? Il y a doute. La jurisprudence de la cour de cassation de France est constante, elle casse les arrêts qui admettent la naturalisation acquise par des enfants mineurs, Français de naissance, quand leur père obtient la naturalisation. A la vérité, l'article 17 du code Napoléon dit que la qualité de Français se perd par la naturalisation acquise en pays étranger. Mais pour que la naturalisation étrangère puisse être invoquée en France, il faut qu'elle soit conforme à la loi française; la législation étrangère ne peut produire en France aucun effet contraire à la loi française, chaque pays étant libre et indépendant dans l'exercice de sa sou-

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. II, p. 104, nº 40 (4ᵉ édition).

veraineté (1). Or, la loi française n'admet pas qu'un mineur puisse abdiquer la qualité de Français. Si l'article 17 dit que la qualité de Français se perd : 1° par la naturalisation acquise en pays étranger; 2° par tout établissement fait en pays étranger sans esprit de retour, cette disposition ne peut recevoir d'application qu'au Français qui, libre de tout engagement envers sa patrie, a acquis la capacité légale de renoncer à sa nationalité pour acquérir une nationalité étrangère (2). Les cours d'appel se sont rangées à l'avis de la cour de cassation. D'après la loi française, dit la cour de Toulouse, le bénéfice de la naturalisation est personnel : un père Français, en obtenant la naturalisation étrangère, ne peut disposer de la nationalité de ses enfants mineurs qui conservent la qualité de Français. Vainement oppose-t-on la loi suisse qui accorde aux enfants le bénéfice de la naturalisation acquise par le père. La cour répond que, si la loi suisse règle les conditions de l'acquisition de la nationalité en Suisse, la loi française règle les conditions de la perte de la nationalité française, et que la nationalité ne se perd que par une naturalisation conférée personnellement au Français dénationalisé. Et cette naturalisation, ajoute la cour de Lyon, ne peut être accordée qu'au majeur : l'arrêt cite les articles 9 et 10 du code civil, la constitution de l'an VIII et la loi du 7 février 1851, articles 1 et 2 (3).

168. La jurisprudence française soulève une grave objection au point de vue de la doctrine des statuts. Le code Napoléon dit que la qualité de Français se perd par la naturalisation acquise en pays étranger. Par quelle loi est régie cette naturalisation? Naturellement par la loi étrangère : la France et la Belgique ne peuvent pas avoir la prétention de régler les conditions sous lesquelles la naturalisation s'obtient en pays étranger. Dire que la naturalisation obtenue en pays étranger ne fait perdre la qualité de Français que si la loi étrangère est conforme

(1) Cassation, 3 août 1871 (Dalloz, 1871, 1, 242).
(2) Cassation, 19 août 1874 (Dalloz, 1875, 1, 151).
(3) Toulouse, 26 janvier 1876, et Lyon, 19 mars 1875 (Dalloz 1877, 2, 65 et 66).

à la loi française, c'est faire une affirmation qui ne s'appuie ni sur un texte de loi ni sur un principe. L'article 17 du code civil ne dit certes pas ce qu'on lui fait dire ; et le bon sens dit que c'est au législateur qui naturalise de déterminer les conditions de la naturalisation. Et une fois la naturalisation accordée, les naturalisés perdent leur patrie d'origine ; l'article 17 le dit, et le bon sens le dirait quand même la loi ne le dirait point. On ne peut avoir deux patries ; celui qui est naturalisé Suisse ne peut plus être Français. Telle est cependant la conséquence de la doctrine française, ce qui ne témoigne pas pour le principe sur lequel elle se fonde.

Dira-t-on que le Français naturalisé en pays étranger ne peut invoquer en France la naturalisation qu'il a obtenue si elle est en opposition avec un principe du droit français ? L'objection ainsi formulée conduirait à la négation du statut personnel ; ce statut est toujours contraire à la loi du pays où on l'invoque, sinon il n'y aurait pas de conflit, et partant pas de question de statut. Si l'on admet la théorie du statut personnel, il faut permettre au Français naturalisé en pays étranger d'invoquer sa naturalisation en France. Il n'y a d'exception à cette règle que si la naturalisation était en opposition avec un droit de la société française, qui dominerait le statut étranger. Quand peut-on dire que la loi territoriale domine le statut personnel ? On ne s'accorde pas sur le principe ; dès lors il est impossible que l'on soit d'accord sur les conséquences. Si l'on admet le principe tel que je l'ai formulé, on doit dire que les conditions de la naturalisation ne forment pas un statut réel, en ce sens que le statut personnel y serait subordonné. De quoi s'agit-il ? Du conflit de deux principes contraires. Le législateur français admet que l'enfant mineur ne peut pas être dépouillé de sa nationalité par le fait du père qui change de patrie. Le législateur suisse place l'unité de la famille au-dessus du droit individuel de l'enfant. Peut-on dire que l'un ou l'autre de ces principes intéresse la société, et ses droits essentiels, son existence, sa conservation, son perfectionnement ? L'Italie a abandonné le principe français pour

consacrer le principe que l'on appelle germanique, puisqu'il est généralement suivi par les peuples de race germanique : n'est-ce pas une preuve qu'aucun des deux principes contraires n'a une importance telle, que le maintien de l'ordre social serait compromis si l'on reconnaissait en Italie le statut français, alors que l'Italie elle-même a suivi pendant longtemps ce statut ? Ma conclusion est que le statut de naturalisation n'est pas un statut réel dans le sens traditionnel du mot.

Mais cela ne tranche pas la difficulté. Dans la doctrine allemande, on se prévaut de la nouvelle nationalité et du nouveau statut que les enfants acquièrent par la naturalisation de leur père. On ne s'enquiert pas si l'enfant mineur et incapable peut acquérir une nouvelle patrie : là est cependant le vrai siége de la difficulté. L'enfant mineur a un statut personnel qui le suit à l'étranger, c'est le statut français ; or, ce statut lui défend de disposer de sa nationalité ; il est donc incapable d'acquérir une nationalité nouvelle ; et partant la naturalisation qu'il acquiert en vertu de la loi étrangère est nulle au point de vue du statut français. Si les nations respectaient la loi personnelle des étrangers, elles ne conféreraient pas la naturalisation à des mineurs incapables de l'acquérir ; de même qu'elles ne conféreraient pas la naturalisation à une femme française séparée de corps. Seulement la cause des enfants est plus favorable, en ce sens que la naturalisation collective maintient l'unité de la famille. C'est sur ce point que le conflit existe, et l'interprète ne peut pas le vider ; il faut pour cela des conventions internationales. La conciliation des principes contraires n'est pas impossible. On peut admettre la naturalisation des mineurs, ce qui sauvegarde l'unité de famille ; mais en réservant aux enfants, à leur majorité, la faculté d'opter pour leur patrie d'origine, ce qui sauvegarde leur droit et leur statut personnel.

IV. *La veuve.*

169. La veuve conserve la nationalité que le mariage

lui a donnée. Le code italien le dit (art. 9), et cela n'est pas douteux. Si la femme étrangère épouse un Français, elle devient Française ; c'est un droit pour elle; il n'y a aucune raison pour le lui faire perdre quand elle devient veuve; il y a, au contraire, un motif déterminant pour qu'elle reste Française ; ses enfants sont Français, si elle reprenait sa nationalité d'origine, l'unité de la famille serait brisée. Dans quels sentiments la mère élèverait-elle ses enfants? Allemande, leur inspirera-t-elle l'amour de sa patrie, ce qui aboutirait à les nourrir dans la haine du nom français?

Cependant le législateur n'a pas pu défendre à la veuve de reprendre sa nationalité primitive. Le décès de son mari lui rend son entière liberté, elle peut donc changer de patrie, c'est son droit. A plus forte raison peut-elle reprendre sa nationalité d'origine. Les enfants mineurs suivront-ils, dans ce cas, la condition de leur mère? La solution de la question dépend du principe que le législateur suit, en ce qui concerne le changement de nationalité. Dans le système français il faut répondre, et sans hésiter, que les enfants conservent leur nationalité d'origine, c'est-à-dire celle de leur père. Si la mère redevient étrangère, les enfants resteront Français; si elle redevient Française, les enfants resteront étrangers. Cette dernière solution a choqué un excellent esprit. Duvergier insiste sur les inconvénients qui résultent de ce que la mère et les enfants ont une nationalité diverse. Il a raison ; c'est un motif pour changer de principe ; le législateur italien l'a fait, je l'ai proposé dans l'avant-projet de revision du code civil. Mais tant que le principe du code civil subsiste, il faut en accepter les conséquences (1).

170. Le code Napoléon facilite à la veuve le moyen de recouvrer la nationalité française. Elle n'est pas tenue de demander la naturalisation ; il suffit d'une déclaration d'intention ; si elle réside à l'étranger, elle doit de plus obtenir l'autorisation de rentrer en France. Si elle réside en

(1) Duvergier, *Collection des lois*, t. III, p. 241, de la 2e édition. Comparez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 504, n° 398.

France, l'autorisation devient inutile; mais elle doit toujours déclarer qu'elle veut se fixer en France. Ce dernier point est très controversé. On admet généralement que la veuve recouvre, dans ce cas, la nationalité française de plein droit. A mon avis, c'est une erreur. En théorie, il n'y a même aucun doute. La veuve a la nationalité de son mari, elle est étrangère; si elle veut recouvrer sa nationalité d'origine, elle change de patrie et elle renonce à celle qu'elle tenait de son mariage. Or, conçoit-on une renonciation sans manifestation de volonté? Le législateur français suit comme principe fondamental en cette matière que tout changement de nationalité dépend de la volonté de celui qui veut acquérir une nouvelle patrie. Y a-t-il une raison pour ne pas appliquer ce principe à la veuve? Je viens de dire que l'unité de la famille souffre, pour mieux dire, elle est détruite quand les enfants et la mère ont une nationalité différente. Dès lors il est impossible que la loi impose à la veuve la nationalité française, alors que ses enfants suivent la condition de leur père. Et de quel droit le législateur dépouillerait-il la femme de la nationalité de son mari si elle tient à la conserver? Autre anomalie. Si son mari était Italien, la veuve conserve sa nationalité d'adoption; le code italien le dit. Et le code civil dirait qu'elle redeviendra Française de plein droit : elle aurait donc deux patries. Les principes exigent qu'elle opte, c'est-à-dire qu'elle fasse une déclaration de volonté.

Reste à voir si le texte est en harmonie avec les principes. Je transcris l'article 19 : « Si la femme devient veuve, elle recouvrera la qualité de Française, *pourvu* qu'elle réside en France ou qu'elle y rentre avec l'autorisation de l'empereur *et* en déclarant qu'elle veut s'y fixer. » La déclaration d'intention ne se rapporte-t-elle qu'au cas où la femme rentre en France? Le texte prévoit une seconde hypothèse, celle où la femme réside en France; puis, à la fin de l'article, il dit que la femme doit déclarer qu'elle veut se fixer en France. Cette condition doit être exigée de la femme qui réside aussi bien que de celle qui ne réside pas, car il n'y a absolument aucune différence entre les deux hypothèses. La résidence que la

femme a, à la mort de son mari, ne témoigne pas que son intention est de se fixer en France, elle y réside par la volonté de son mari; il faut maintenant un acte de sa volonté pour qu'elle abdique la nationalité qu'elle tenait de son mariage et qu'elle reprenne sa nationalité d'origine.

La jurisprudence française est contraire. Chose étrange, la seule cour qui motive sa décision, celle de Lyon, avoue que le texte exige une déclaration; mais, dit-elle, cela est trop sévère : tout, en cette matière, doit être interprété en faveur de la nationalité (1). Voilà un motif qui témoigne contre la doctrine qui s'y appuie : dès que le texte exige une déclaration, tout est décidé. La cour de cassation a rendu deux arrêts dans le sens de la cour de Lyon, mais sans donner un seul motif; je cite les termes du dernier : « La veuve recouvre *de plein droit* la qualité de Française *à partir du décès de son mari*, aux termes de l'article 19 (2). » Ne dirait-on pas, en lisant cette décision, que le code civil porte textuellement que la veuve recouvre de *plein droit* sa nationalité? Il faut cependant que l'article 19 soit au moins douteux puisque la cour de Lyon y avait lu tout le contraire de ce que la cour de cassation y lit; il fallait donc discuter la question au lieu de se borner à affirmer.

171. La jurisprudence de la cour de cassation de Belgique est conforme à celle de la cour de cassation de France, mais du moins notre cour se donne la peine de motiver sa décision. Nous allons l'entendre (3). L'article 19, dit-elle, prévoit deux cas dans lesquels la femme veuve d'un étranger réclame sa nationalité d'origine; celui où elle réside en Belgique au moment du décès de son mari, et celui où, résidant à l'étranger, elle rentre en Belgique. Dans le dernier cas, la loi exige une autorisation et une déclaration d'intention; dans le premier cas, la loi n'im-

(1) Lyon, 11 mars 1835 (Dalloz *Répertoire*, au mot *Droits civils*, n° 167.
(2) Rejet, 11 mars 1835, et Rejet, Chambre civile, 13 janvier, 1873 (Dalloz, 1873, 1, 297).
(3) Rejet, 28 mars 1876 (*Pasicrisie*, 1876, 1, 220). Dans le même sens, Bruxelles, 10 et 25 août 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 422).

pose d'autre condition que celle de la résidence dans le pays. Voilà de nouveau une affirmation; la cour essaye de la justifier. L'avocat général avait émis une opinion contraire; il disait que pour recouvrer la nationalité il fallait au moins manifester l'intention de la recouvrer; est-ce que le fait de résider en Belgique, à la mort du mari, implique cette intention? « Il faut *présumer,* dit la cour, que le législateur a considéré la *résidence de la femme* comme une manifestation suffisante de l'intention de recouvrer sa nationalité. » Si le code civil suppose cela, sa supposition est sans fondement aucun. En effet, la femme, dans l'opinion de la cour, recouvre sa nationalité de *plein droit,* donc à l'instant même de la mort de son mari; partant elle n'a pas encore de résidence de son chef qui puisse manifester son intention de recouvrer sa nationalité; car on ne dira pas que la résidence en Belgique pendant la vie de son mari prouve que la femme voulait redevenir Belge; cela serait absurde, puisque cette résidence est une obligation pour la femme pendant son mariage, et une résidence obligée manifeste-t-elle une intention quelconque? Ainsi l'interprétation de la cour de cassation conduit à cette conséquence, que l'on *présume* une *volonté,* alors qu'aucune manifestation de volonté n'a eu lieu et n'était même possible : la conséquence ne témoigne pas pour l'interprétation.

L'article 19 ainsi interprété rend la loi tout à fait irrationnelle. Elle prévoit deux cas : la femme réside à l'étranger, et elle rentre en Belgique avec l'autorisation du roi. Demander l'autorisation de rentrer, voilà un fait qui suppose certainement une affection de la femme pour son ancienne patrie, et l'intention de la recouvrer; si elle n'avait pas eu cette intention, aurait-elle pris la peine de s'adresser au roi pour obtenir l'autorisation de rentrer en Belgique? Si elle voulait simplement y résider, elle pouvait se passer de toute autorisation; donc demander l'autorisation pour rentrer implique une autre intention, celle de redevenir Belge ; et cependant la loi ne se contente pas de cette grande probabilité; elle veut, de plus, que la

femme déclare qu'elle veut se fixer en Belgique, c'est-à-dire s'y établir à demeure.

Voyons maintenant ce qui se passe dans la seconde hypothèse. Le mari, à son décès, résidait en Belgique, et la femme était obligée par la loi d'y résider avec lui. Pendant la vie de son mari, elle ne pouvait pas même songer à changer de nationalité, puisqu'elle n'en avait pas le droit, et ce n'était certes pas l'intention de son mari de devenir Belge, puisqu'il est mort étranger. Voilà les circonstances de la seconde hypothèse. Qu'est-ce que le législateur en induit? D'après la cour de cassation, il en conclut que la femme a l'intention de recouvrer sa nationalité, Quoi ! quand la veuve rentre en Belgique, après avoir demandé et obtenu l'autorisation du roi, ce fait suivi de la résidence de la femme en Belgique ne suffit point pour qu'elle recouvre sa nationalité, il faut qu'elle déclare que son intention est de s'y fixer. Et la femme, qui réside en Belgique par la volonté de son mari, redevient Belge de plein droit par le fait du décès de son mari, sans avoir même une résidence à elle propre et sans aucun fait qui témoigne son intention de recouvrer sa nationalité ! Avouons que les auteurs du code auraient été souverainement inconséquents en procédant ainsi : si la femme qui ne pose aucun fait d'où l'on puisse induire qu'elle veut redevenir Belge recouvre néanmoins sa nationalité par la seule raison que de fait elle réside en Belgique, à plus forte raison en devrait-il être ainsi de la femme qui, résidant en pays étranger, demande l'autorisation du roi de rentrer en Belgique et y rentre, y réside par conséquent par l'effet de sa volonté.

La cour invoque les travaux préparatoires (1). C'est une base peu solide, dans l'espèce, car le ministère public les invoquait également. Je pourrais donc me contenter de dire que le texte, interprété par les principes qui régissent le changement de nationalité, ne laisse aucun doute ; or, les travaux préparatoires ne peuvent pas faire dire à la loi autre chose que ce qu'elle dit et ce qu'elle doit dire. Toute-

(1) Arrêt du 1er mars 1876 (*Pasicrisie*, 1876, 131 et 104).

fois, je veux mettre sous les yeux du lecteur tous les éléments du débat. Le projet de code civil portait que la veuve d'un étranger recouvre la qualité de Française, pourvu qu'elle réside en France, ou qu'elle y rentre en faisant sa déclaration de vouloir s'y fixer. L'article fut modifié par un amendement qui exigeait l'autorisation de rentrer en France, pour la veuve qui résidait à l'étranger. Cet amendement, dit la cour, a été introduit dans le texte, sans modifier la disposition du projet. Je réponds que le texte exige une seconde condition, placée à la fin de l'article et, par conséquent, applicable aux deux cas prévus par la loi. Telle est, du moins, l'interprétation la plus naturelle du texte. Quant à l'intention du législateur, nous ne la connaissons que par le discours de Gary, l'orateur du Tribunat ; l'orateur du gouvernement et le rapporteur du Tribunat ne disent rien ; et dans la discussion du conseil d'Etat, telle qu'elle est rapportée par Locré, il n'est rien dit non plus. Voici les paroles de Gary : « L'autorisation du gouvernement, la déclaration de se fixer en France, sont aussi exigées par l'article 19, de la part de la femme française qui sera devenue étrangère en épousant un étranger. » Que nous apprend ce discours? Rien, car l'orateur ne distingue pas les deux cas prévus par l'article 19; de sorte que nous ignorons si, dans sa pensée, la déclaration d'intention est exigée dans les deux cas prévus par l'article 19, ou seulement dans l'un des cas. Quand les travaux préparatoires sont si obscurs, il faut, à mon-avis, s'en tenir au texte et aux principes. Si j'ai si longuement discuté la question, c'est que la discussion met en lumière les vrais principes. Sur ce point, il ne saurait y avoir un doute. La femme d'un étranger qui réside en Belgique, lors du décès de son mari, est étrangère à ce moment ; elle n'a posé aucun acte d'où l'on puisse induire qu'elle veut redevenir Belge : comment pourrait-elle, à ce même moment, changer de patrie, et recouvrer sa nationalité, sans le savoir et sans le vouloir? Donc, il faut une déclaration d'intention pour qu'elle recouvre la qualité de Belge.

172. Le but de ces Etudes n'est pas seulement d'ex-

poser les principes de la législation française concernant le droit civil international. Quand le code Napoléon établit des règles qui ne sont pas fondées en raison, je les critique. Notre science a l'ambition de réaliser la communauté de droit entre les peuples; elle doit donc être fondée sur une autorité que l'on reconnaît partout, et il n'y en a pas d'autre qui ait un empire universel que celle de la raison, ce soleil de l'intelligence que Dieu fait luire dans le monde entier. Si la jurisprudence a raison en interprétant comme elle le fait le code civil, alors c'est le législateur qui a tort, et il faut modifier son œuvre en l'améliorant. C'est ce que j'ai fait dans l'avant-projet de revision du code français en formulant la disposition de l'article 19 de manière à ne laisser aucun doute sur la nécessité d'une déclaration d'intention de la part de la veuve.

Il reste à voir quel est le système qui prévaut dans la législation étrangère. La question a peu d'importance pratique, les femmes ne jouissant pas des droits de citoyen. Toutefois, il importe toujours de savoir quelle est leur nationalité, au point de vue du statut qui les régit. Le code italien consacre l'interprétation que je donne au code Napoléon; après avoir établi le principe que la femme italienne qui épouse un étranger devient étrangère si elle acquiert la nationalité de son mari, l'article 14 ajoute : « Quand elle devient veuve, elle recouvre sa nationalité si elle réside dans le royaume ou qu'elle y rentre, *et qu'elle déclare, dans les deux cas*, devant l'officier de l'état civil, qu'elle veut y fixer son domicile. »

Le code italien ne s'explique pas sur l'état des enfants mineurs quand leur mère recouvre sa nationalité d'origine. Mais, comme il adopte le principe de l'unité de famille, on doit décider que les enfants suivent la condition de la mère. Aux termes de l'article 11, les enfants mineurs deviennent étrangers quand leur père ou leur mère perdent la qualité d'Italien; par identité de motifs, il faut dire que, si la veuve recouvre la nationalité italienne, ses enfants changent de patrie avec elle. En théorie, du moins, cela n'est pas douteux.

173. L'Angleterre a changé complètement, en 1870,

sa législation sur la nationalité. Jusque-là, l'élément de liberté n'y jouait aucun rôle, le système féodal de la territorialité y dominait complètement. Un nouveau principe s'est fait jour : le droit de s'expatrier, en brisant le lien d'allégeance. Ce principe doit aussi exercer son influence sur la veuve. L'acte de 1870 adopte le droit commun de l'Europe en disposant que la femme mariée suit la nationalité de son mari ; l'Anglaise qui épouse un étranger devient donc étrangère. La loi l'appelle *statutory alien*, pour marquer qu'elle n'est pas étrangère de race, mais qu'elle l'est devenue en vertu de la loi ; comme telle, elle peut, à toute époque de son veuvage, recouvrer sa nationalité anglaise par un certificat de réintégration. Tel est le droit commun qui régit les *étrangers statutaires;* c'est dire qu'il faut une manifestation de volonté ; la femme doit demander ce certificat à l'un des secrétaires d'Etat, lequel peut l'accorder ou le refuser. L'application de la règle générale à la veuve n'est-elle pas trop sévère ? Le principe français, tel que je l'ai interprété, me paraît plus équitable : une déclaration d'intention et l'établissement en France. L'autorisation du roi de rentrer dans son ancienne patrie est même de trop quand il s'agit de la veuve; les hommes se laissent parfois égarer par de mauvaises passions ; mais les femmes restent, en général, étrangères à la politique.

La nouvelle loi anglaise adopte pour les enfants le principe de l'unité de famille, que j'ai soutenu contre le code Napoléon. Si le père anglais devient étranger, par exemple, par la naturalisation, quelle sera la condition de ses enfants mineurs ? La loi de 1870 décide que s'ils sont naturalisés avec leur père, en vertu de la loi étrangère, ils cesseront d'être Anglais. J'ai dit, plus haut, que la jurisprudence française repousse ce principe, en invoquant la souveraineté et l'indépendance de l'Etat. Voici une nation qui tient à sa souveraineté indépendante plus qu'aucun peuple du monde ; jusqu'en 1870, elle soumettait tout sujet du roi à une allégeance perpétuelle, ainsi que les descendants des sujets anglais ; elle a renoncé à ces prétentions d'un autre âge, et en permettant aux

Anglais de se faire naturaliser en pays étranger, elle le leur permet naturellement sous les conditions et avec les effets déterminés par la loi étrangère. J'ai dit que c'est un grand progrès dans le droit international : l'Angleterre a devancé la France. Il y a cependant une objection. Les enfants ont une nationalité d'origine ; peuvent-ils la perdre définitivement, sans leur volonté et malgré eux ? Cela n'est pas juste. Il faut donc leur laisser le droit d'opter, à leur majorité, pour leur nationalité de race. Il y a une disposition en ce sens dans la loi anglaise.

La loi anglaise applique le même principe aux enfants du père ou de la mère devenus *étrangers statutaires*, quand ils obtiennent un certificat de réintégration qui leur rend la nationalité anglaise ; les enfants en profitent quand ils résident, pendant leur minorité, en Angleterre ; à vrai dire, cette condition n'en est pas une, puisque les enfants mineurs doivent résider chez leurs parents.

Il en est de même des enfants mineurs d'un père ou d'une veuve qui obtient un certificat de naturalisation en Angleterre ; ils sont considérés comme sujets britanniques naturalisés, si pendant leur minorité ils résident dans une partie quelconque du Royaume-Uni (1).

Sur tous ces points, la loi anglaise a adopté le principe de l'unité de famille ; c'est, à mon avis, le vrai ; l'autorité de la loi anglaise vient à l'appui de la proposition analogue que j'ai faite dans l'avant-projet de revision du code civil.

§ IV. — *De la naturalisation.*

N° 3. — LES DEUX PRINCIPES.

174. La naturalisation était jadis un acte rare et isolé ; on ne la trouve pas mentionnée dans les anciens auteurs qui traitent du droit civil international, tandis que, dans les ouvrages modernes, elle occupe une grande place.

(1) Lawrence, *Commentaire* sur Wheaton, t. III, p. 234 et 235.

C'est que les conflits entre les Etats, qui autrefois n'existaient point, sont devenus fréquents, depuis que l'émigration a pris un si grand développement. Les émigrants, en quittant leur ancienne patrie, entendent acquérir une patrie nouvelle. En ont-ils le droit ? Peuvent-ils briser, à leur volonté, le lien qui attache l'homme au sol natal ? On conçoit que l'allégeance fût perpétuelle quand ceux qui émigraient étaient en petit nombre; l'Etat ne réclamait guère ses droits sur ces émigrants qui passaient presque inaperçus ; mais quand des milliers d'émigrants quittèrent l'Angleterre et l'Allemagne pour s'établir aux Etats-Unis, leur ancienne patrie s'émut de cette diminution de population, qui menaçait de devenir une cause d'appauvrissement. J'ai exposé la lutte entre le principe féodal de l'allégeance et le droit que donne la liberté individuelle; la liberté triompha. Mais cette liberté est-elle absolue ? L'émigrant est-il affranchi de tous ses devoirs envers la patrie qu'il abandonne ? Dans le vieux monde, une charge, qui devient tous les jours plus lourde, pèse sur les citoyens ; le service militaire appelle toute la jeunesse sous les armes, distrait les jeunes gens du travail ou des études, et les traîne sur les champs de bataille, où combattent, non plus quelques milliers d'hommes, comme dans les guerres du passé, mais des millions de soldats, et où, par conséquent, les victimes se comptent par milliers. On comprend que, d'une part, les émigrants veuillent se soustraire à cette obligation, qui, strictement exécutée, entraverait leur liberté; mais, d'autre part, la mère patrie n'a-t-elle pas le droit de réclamer le service de ses enfants ? et l'émigration ne peut-elle pas devenir frauduleuse et n'avoir d'autre but que d'échapper au service militaire ? Il y a eu sur cette question de longs conflits, au dix-neuvième siècle, entre la puissante république qui occupe presque un continent et les vieux Etats de l'Europe; ils se terminèrent par des traités, qui cherchèrent à concilier les droits et les obligations des émigrants.

175. La naturalisation a pris, par suite de ces événements, une importance qu'elle n'avait point dans l'ancien droit. C'est une matière nouvelle ; les principes ne

sont encore qu'à l'état de formation; ils n'ont rien d'arrêté. Il en est de la science comme des faits, elle est en proie à la lutte. C'est une grande difficulté. Pour mettre un peu d'ordre et de clarté dans ce chaos de règles qui se combattent, parfois, dans une seule et même législation, je vais d'abord distinguer les deux systèmes contraires qui se sont produits dans les lois sur la naturalisation. Dans l'ancien système, la naturalisation était un fait individuel; l'étranger la sollicitait comme une faveur, qu'on lui accordait parfois à prix d'argent, que l'on soumettait à des conditions pour s'assurer si le nouveau citoyen était digne d'être adopté. Ce système était en harmonie avec l'ancien ordre de choses : tout y était privilége, et l'orgueil national considérait la qualité de Français ou d'Anglais comme la plus précieuse de toutes les prérogatives. On ne se demandait pas quel était le droit de l'étranger à changer de patrie, par l'excellente raison que l'étranger était sans droit; quant à l'intérêt que l'Etat avait à naturaliser les étrangers, on ne le comprenait pas; les étrangers étaient vus avec défiance, l'extranéité était une tache ; on aurait volontiers repoussé tous les étrangers, si ce n'avait été l'intérêt du commerce qui obligeait de les accueillir.

Tel est le vieux système qui règne encore généralement en Europe. La législation belge en est le type. Elle admet deux espèces de naturalisation, la grande naturalisation assimile seule l'étranger aux Belges, et elle ne s'accorde qu'à celui qui a rendu des services éminents à l'Etat. C'est à peine si depuis cinquante ans on en compte quelques exemples. Deux ou trois personnes ont été jugées dignes d'acquérir la qualité de Belge ! Voilà à quoi aboutit le vieux système de défiance, de jalousie, de vanité nationale. Cela touche au ridicule. La naturalisation ordinaire ne donne pas au naturalisé tous les droits des Belges : elle crée donc des demi-Belges. Et néanmoins, elle ne s'obtient, comme la grande, que par une loi. Il faut un acte de la souveraineté nationale pour conférer la qualité de Belge; il va sans dire que le pouvoir législatif a un pouvoir discrétionnaire pour accorder ce grand bienfait ou pour le refuser.

176. Il y a un autre système, que l'on pourrait appeler le système américain, puisque ce sont les Etats-Unis qui l'ont d'abord pratiqué, bien qu'il ait été formulé avec plus de précision par les Assemblées Nationales qui dirigèrent les destinées de la France, à partir de la révolution de 1789. La naturalisation n'est plus un acte individuel, c'est un droit général que l'on accorde à tous ceux qui veulent profiter du bénéfice de la loi. Dans ce nouvel ordre d'idées, la naturalisation change de nature. Ce n'est plus un rare bienfait que l'on accorde avec parcimonie, comme une faveur insigne, ou que l'on refuse par un sot orgueil national; c'est un droit que l'on reconnaît à tout étranger, parce que tout homme est digne d'avoir une patrie, que dis-je? tout homme a une patrie par la volonté de Dieu, dont la souveraineté est plus auguste que celle des petits Etats qui se partagent notre petit globe. Il est vrai que Dieu, en nous faisant naître au sein d'une nation particulière, nous imprime, par le fait de la naissance, une nationalité déterminée; mais le Créateur nous a aussi doués de la liberté, le plus beau de ses dons, puisque c'est le moyen d'accomplir notre destinée dans ce monde; il ne nous attache donc pas à la glèbe, comme des serfs, il nous permet de choisir notre patrie. Si l'expatriation est un droit pour l'émigrant, il doit y avoir une obligation corrélative, pour l'Etat où il s'établit, de le recevoir comme un enfant adoptif. Ce devoir est-il une faveur, en ce sens qu'il a pour objet l'intérêt des immigrants? La merveilleuse prospérité des Etats-Unis est la réponse à ma question : elle la doit à la liberté, et aux forces que lui apporte chaque année un nouveau flot d'immigrants. Dieu a veillé à ce que l'accomplissement des devoirs qu'il nous impose soit aussi le plus grand de nos intérêts : faites ce que votre Père dans les cieux exige de vous, dit le Christ, et le reste vous sera donné de surcroît.

177. A la suite d'une révolution qui, dans ses aspirations généreuses, embrassait l'humanité entière, l'Assemblée Nationale rendit un décret que les hommes politiques auront trouvé ridicule et que la postérité applaudira, comme un titre de gloire d'une assemblée unique dans les

annales de l'histoire. La déclaration du 6 août 1790 invitait tous les peuples de la terre à jouir, sous un gouvernement libre, des droits sacrés de l'humanité : liberté universelle et communauté de droit entre toutes les nations, voilà les nouveaux principes qùe la Révolution inaugurait. C'est ce cosmopolitisme qui inspira les décrets que les diverses assemblés rendirent sur la naturalisation.

La loi du 2 mai 1790 porte : « Tous ceux qui, nés hors du royaume de parents étrangers, sont établis en France, seront réputés Français et admis, en prêtant le serment civique, à l'exercice des droits de citoyen actif, après cinq ans de domicile continu dans le royaume, s'ils ont, en outre, acquis des immeubles, ou épousé une Française, ou formé un établissement de commerce, ou reçu dans quelque ville des lettres de bourgeoisie. » Ainsi tout étranger devient de plein droit Français et citoyen actif, c'est-à-dire exerçant les droits politiques, par sa volonté; car les conditions que la loi exige dépendent de la volonté de l'étranger; à vrai dire, il n'y en a qu'une, c'est la résidence dans le royaume pendant cinq ans : il faut un lien qui remplace celui de la naissance, afin que le nouveau citoyen devienne, par ses mœurs et ses habitudes, un enfant de la patrie. C'est dans le même esprit que la loi exigeait l'acquisition d'un immeuble, ou l'exercice d'un commerce ou d'un de ces arts et métiers qui agrégeaient le maître à la bourgeoisie de la ville où il était établi, ou enfin le mariage avec une Française. On peut contester, en théorie, la nécessité de ces conditions, du moins en ce qui concerne l'acquisition de la nationalité, abstraction faite des droits politiques qui y sont attachés. La nécessité d'une résidence prolongée pendant quelques années se justifie : celui qui veut adopter un enfant doit lui avoir donné, pendant l'enfance, les soins d'un père ou d'une mère, afin qu'il se forme entre eux un lien d'affection; il faut aussi que l'étranger apprenne à connaître sa patrie d'adoption, les lois qui la régissent, et qu'il s'accommode à l'esprit, aux sentiments et aux idées de sa nouvelle patrie. Cela peut se faire sans qu'il possède un immeuble, ou qu'il exerce un commerce ou une industrie : est-ce que la

science et les arts ne seraient pas un titre égal à celui de propriétaire, de commerçant ou d'industriel? Le mariage est un lien qui attache au sol sans distinguer si la femme est Française ou étrangère; les enfants seront Français: quoi de plus naturel que le père le devienne aussi? Mais peu importent les détails, c'est le principe que je veux mettre en évidence. Il n'est plus question de faveur ni de dignité : tout étranger devient Français, s'il le veut. La grande nation ne lésinait pas et ne marchandait pas : elle ouvrait son sein à tous ceux qui voulaient être libres; et elle ne refusait ce droit à personne. Elle ne distinguait pas entre une grande et une petite naturalisation : est-ce que la qualité de citoyen se scinde? Peut-on être un demi-Français? La loi de 1790 ne prescrit pas l'intervention du pouvoir législatif, ni d'une autorité quelconque : il suffit que l'étranger manifeste la volonté de devenir Français en prêtant le serment civique, c'est-à-dire le serment d'obéissance aux lois et à la constitution. La constitution de 1791 reproduisit la loi de 1790, en ajoutant l'agriculture au commerce; il n'est plus question des droits de bourgeoisie, ces droits étant abolis dans le nouvel ordre politique. Par exception, la constitution permettait au pouvoir législatif de délivrer à un étranger, pour des considérations importantes, un acte de naturalisation, sans autres conditions que la résidence et le serment; on sait que l'Assemblée déclara Français des hommes illustres, tels que Franklin, le grand citoyen des Etats-Unis, et le poëte allemand Klopstock. En théorie, on ne devrait exiger que la résidence et le serment, comme seules conditions sous lesquelles tout étranger obtiendrait la qualité de Français : la résidence va de soi, puisque la naturalisation est une conséquence de l'expatriation, et le serment n'est autre chose qu'une déclaration de volonté.

178. La constitution de 1793 fut suspendue aussitôt que décrétée. C'était une machine de guerre. Il est cependant curieux d'étudier cette première éruption du volcan démocratique. L'article 4 est ainsi conçu : « Tout homme né et domicilié en France; tout étranger âgé de vingt et un ans accomplis, qui, domicilié en France depuis une

quittée. Ce serait mon avis, comme j'ai déjà eu l'occasion de le dire.

180. La Constitution de l'an VIII, qui inaugure le système de réaction, resta cependant fidèle à la législation révolutionnaire dans la matière de la naturalisation. Aux termes de l'article 5, « tout étranger devient citoyen français lorsque, après avoir atteint l'âge de dix-huit ans accomplis, et avoir déclaré l'intention de se fixer en France, il y a résidé pendant dix années consécutives ». La durée de la résidence est augmentée, mais, du reste, le principe de la naturalisation générale est maintenu : *tout étranger* devient *de droit* Français par une simple déclaration d'intention ; la constitution n'exige plus de serment, plus de contribution foncière, plus de propriété immobilière, plus d'établissement agricole ou commercial. Le système du droit intermédiaire est simplifié, les conditions inutiles sont retranchées, il ne reste que la volonté, et la résidence comme garantie que la volonté est sérieuse.

Cependant la constitution de l'an VIII fut le point de départ d'un système tout contraire à celui qu'elle consacrait. Elle ne parlait pas du gouvernement, lequel n'intervenait point, sinon pour recevoir la déclaration de l'étranger, comme dans le cas de l'article 9 du code civil. Un avis du conseil d'Etat du 18 prairial an XI commença par exiger une autorisation préalable du gouvernement pour permettre à l'étranger de résider en France ; les dix années de résidence ne couraient qu'à partir de cette autorisation. C'était violer l'article 5 de la constitution sous couleur de l'interpréter ; car il dépendait du gouvernement de refuser l'autorisation ; c'était donc lui qui, en réalité, naturalisait l'étranger en lui permettant d'acquérir la naturalisation par sa résidence en France. Cela ne suffit pas ; un décret du 17 mars 1809 disposa que la naturalisation serait prononcée par l'empereur. La constitution disait que l'étranger deviendrait Français en déclarant l'intention de se fixer en France après y avoir résidé pendant dix années consécutives, et Napoléon, en l'interprétant, lui faisait dire que le chef de l'Etat devait autoriser l'étranger à établir son domicile en France, et qu'ensuite il prononce-

rait sa naturalisation; tandis que d'après la constitution, tout dépendait de la volonté de l'étranger, les décrets impériaux remirent tout au pouvoir arbitraire de l'empereur. C'est ainsi que la naturalisation générale et de droit fit place à la naturalisation individuelle et de faveur. En même temps qu'il violait la constitution qui était son œuvre, Napoléon se mettait en opposition avec le code civil auquel il attachait plus d'importance qu'à la constitution. Un étranger s'établit en France, sans autorisation de l'empereur; quand même il y résiderait toute sa vie, il ne pourra pas acquérir la nationalité française. S'il a des enfants nés en France, ils seront Français de droit, quand même leur père n'aurait ni domicile ni résidence en France, et quand même eux n'y auraient jamais résidé.

La loi du 7 février 1851 va plus loin; elle déclare Français tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, sans autre condition, et sans déclaration aucune d'intention. Le législateur impose en un certain sens la nationalité française à cette catégorie d'étrangers, car il constate que la plupart de ces étrangers ont abdiqué leur patrie d'origine, et qu'ils ne veulent pas acquérir la qualité de Français; ils voudraient être étrangers partout, pour échapper partout aux charges que la patrie impose. Le législateur français n'a pas tenu compte de cette intention immorale, il déclare ces mauvais cosmopolites Français malgré eux, sauf à ceux qui auraient conservé leur patrie d'origine à faire une déclaration d'extranéité. Je renvoie à ce que j'ai dit ici même de cette loi importante qui demande à être développée, en étendant à la première génération ce que le législateur français limite à la deuxième, de sorte que tout étranger né en France deviendra Français de droit, sauf à lui à opter pour sa nationalité étrangère. C'est le système que j'ai proposé dans le projet de revision du code civil. Cette innovation doit avoir pour conséquence logique de déclarer Français tout étranger qui s'établit en France avec l'intention de s'y fixer. Le système de naturalisation, en tout cas, tel que Napoléon l'introduisit en violant la constitution, doit être modifié; en effet, il renferme des éléments contradictoires, d'une

part une naturalisation individuelle et de faveur, et d'autre part une naturalisation en masse et de droit.

181. Cette incohérence règne aussi dans la législation américaine, qui repose, comme le droit français intermédiaire, sur le principe de la naturalisation générale et de droit. J'ai donné le nom d'américain à ce système parce que c'est aux Etats-Unis qu'il reçoit l'application la plus large. Des milliers d'immigrants sont chaque année naturalisés après une résidence de cinq années. La résidence est la condition essentielle. Kent, le savant chancelier, explique très bien la nécessité de cette condition aux Etats-Unis. Les étrangers qui y arrivent en masse sortent tous des Etats monarchiques de la vieille Europe; presque tous appartiennent aux pays allemands, et à la race anglo-saxonne ou irlandaise. On ne devient pas républicain dans les vingt-quatre heures, il faut avoir le temps de connaître cette vie de liberté, si différente de celle que l'on mène en Europe, même là où la liberté est la plus large. Un émigrant belge, appartenant aussi à la race allemande, revint dans sa patrie, le Luxembourg, pour emmener dans sa nouvelle patrie toute sa famille, même les vieillards. « Ici, me disait-il, dans votre vieux monde, on ne peut faire un pas sans avoir à ses trousses le bourgmestre, ou le secrétaire communal, ou un agent de police, ou un gendarme, ou le juge de paix, sans parler du percepteur des contributions qui vient tous les mois s'établir au village. Là-bas, dans le Nouveau Monde, on est libre comme les oiseaux dans nos bois. » On se fait vite au régime de la liberté, c'est la servitude qui exige un long apprentissage. Toutefois la liberté a aussi ses dangers, il ne faut pas qu'elle dégénère en sauvagerie. L'homme libre doit plier sous la loi générale; il faut qu'il accepte le joug sans lequel il n'y aurait plus de société possible. Voilà pourquoi, dit Kent, nos lois exigent une résidence qui, après de nombreuses variations, a été fixée à cinq ans, plus une résidence d'une année, dans l'Etat où l'immigrant veut se fixer. Quoique tous les Etats vivent sous l'empire de la constitution générale de la république, ils ont leur vie particulière, locale, à laquelle l'immigrant

qui veut devenir citoyen ne peut pas rester étranger, car c'est là qu'il exercera ses droits politiques. On exige encore de l'étranger un serment de fidélité envers les Etats-Unis et une renonciation à la nationalité ainsi qu'aux priviléges, tels que la noblesse, qui seraient incompatibles avec l'égalité démocratique. Lawrence trouve que ces conditions sont plus sévères que celles des législations européennes; à vrai dire, elles sont partout de droit, bien qu'elles ne soient pas exprimées. En France, on n'exige plus un serment civique, ni une renonciation à l'allégeance native, mais il est bien entendu que celui qui devient Français est tenu des devoirs dont tous les Français sont tenus: il serait donc passible de la peine de mort s'il portait les armes contre sa nouvelle patrie. Lawrence ne fait pas attention à une différence radicale qui existe entre le système américain et celui de l'Europe. Dans le vieux monde on suit partout le principe traditionnel que Napoléon a consacré, au mépris de la constitution de l'an VIII: la naturalisation est une faveur que l'on accorde à l'étranger, et qu'on peut lui refuser; tandis que, aux Etats-Unis, les immigrants acquièrent le droit de cité par leur volonté. Il n'y a qu'une exception à cette règle. Le certificat constatant la prestation de serment et la résidence est délivré par la cour qui reçoit le serment; mais elle ne se borne pas à constater des faits, elle examine si l'étranger est de bonnes mœurs, et s'il est attaché à la constitution. Rien de plus légitime en théorie; la moralité est la garantie essentielle, et l'attachement à la constitution est une condition tellement naturelle, qu'on doit la présumer chez celui qui veut devenir citoyen et qui prête le serment civique. Toutefois, dans nos idées européennes, nous craindrions l'arbitraire qu'une pareille investigation donne à la cour; si, aux Etats-Unis, on ne s'en plaint pas, c'est sans doute parce que ce pouvoir arbitraire est inconnu; mais ne pourrait-il pas exister sous le régime républicain, aussi bien que sous le régime monarchique? Il me semble qu'il y a là une contradiction. La naturalisation s'accorde de droit à tout étranger réunissant les conditions prescrites par la loi; donc ces conditions doivent être générales; dès que

pour une cause individuelle, la naturalisation peut être refusée, on rentre dans le principe européen, qui est le vrai système de l'arbitraire, puisque le pouvoir qui naturalise, gouvernement ou chambres, a le droit de refuser la naturalisation. La législation américaine est encore inconséquente sous un autre rapport. Quand un immigrant est naturalisé, toute sa famille, les enfants mineurs, la femme mariée, profitent de la naturalisation. Cela est très logique dans le système de la naturalisation générale et de droit; cela est illogique si la cour doit s'enquérir de la moralité et des opinions politiques de l'étranger (1).

182. La dernière loi qui a été portée en France sur la naturalisation, celle des 29 juin-5 juillet 1867, date du second empire. C'est la reproduction, sauf des changements de détail, des décrets de Napoléon. On lit dans le rapport fait au nom de la commission du Corps législatif chargé d'examiner le projet de loi (2) : « La naturalisation est une question de *dignité* pour l'Etat qui la confère. *L'augmentation de la population* ne peut pas être le motif déterminant. La France accueille l'étranger qui aime ses mœurs, ses lois. Elle ouvre ses portes à l'*étranger probe, ami de l'ordre et du travail*. Mais avant, elle veut être assurée de la vérité du désir de l'étranger d'adopter la France pour patrie; c'est la résidence qui donne la preuve que ses aspirations sont sérieuses et durables; c'est *pendant la résidence* que *le caractère de l'étranger est observé*, que l'on reconnaît si son admission à l'indigénat est un *danger* ou un *avantage*. La *naturalisation* est une *faveur*, elle ne doit être accordée qu'à ceux qui en ont été *jugés dignes*. »

L'exposé des motifs nous dira quelles sont les *garanties essentielles* qui, dans l'*intérêt* et pour l'*honneur* de la *France*, ne permettent d'accorder la qualité de citoyen français qu'*aux étrangers qui se sont montrés dignes de l'obtenir*. D'abord la résidence; Kent vient de nous expli-

(1) Kent, *Commentaries on american law*, t. II, p. 77 et 78 de la 12e édition (Boston, 1873). Lawrence, *Commentaire* sur Wheaton, t. III, p. 196-199.

(2) Rapport, n° 4 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1870, IV, p. 72.

quer les motifs de cette condition, bien mieux que ne le fait le *conseiller d'Etat rapporteur*. La nouvelle loi réduit à trois ans la résidence qui, sous le premier Empire, était de dix ans. Cette innovation semblait effrayer ceux-là mêmes qui la proposaient. « Il faudrait, sans doute, dit le rapporteur, maintenir le délai de dix années, si la durée du stage était la seule garantie qui pût *rassurer le pays* contre le *danger d'adoptions téméraires*. Mais il n'en est rien : l'*admission* préalable à *domicile*, le *retrait* possible de cette admission, l'*enquête individuelle et sérieuse* ouverte sur chacune des demandes, la *proposition* par le *ministre* et l'*examen* par le conseil d'Etat, constituent une combinaison d'*épreuves*, un ensemble de *moyens de contrôle* qui rendent toute *erreur*, tout *abus* impossibles (1). »

183. Tels sont les deux systèmes. Il suffit de les exposer pour en apprécier la valeur relative. Le législateur français se défend de vouloir accroître la population, et en effet, le système de défiance qu'il consacre est fait pour éloigner les immigrants au lieu de les attirer. Ne dirait-on pas un disciple de Malthus qui craint que les hommes ne finissent par mourir de faim par l'excès de population? Cependant, en France, l'accroissement de la population va en diminuant, à ce point, que l'on commence à s'en inquiéter. On ne peut certes pas comparer la France, ni la vieille Europe à la république des Etats-Unis qui a un monde devant elle : toujours est-il que la population est une force, et la plus grande de toutes, puisque, sans le capital de l'intelligence, tous les capitaux resteraient improductifs. Où est le danger que ce capital s'accroisse par l'immigration? L'Assemblée Constituante ouvrait son sein à tous les peuples libres ; le second Empire n'en pouvait faire autant, car il avait détruit la liberté. Au moins aurait-il dû comprendre le bienfait matériel de l'immigration. Anvers, notre grande cité commerçante, ne se trouve pas mal du concours des étrangers qui y affluent. Si l'émigration est une perte pour l'Etat d'où sortent les émi-

(1) *Exposé des motifs*, n° 4 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1870).

grants, elle est par cela même un profit pour l'Etat qui les reçoit.

Cependant les législateurs de l'Europe parlent du danger, de l'abus de prodiguer la faveur de la naturalisation à des étrangers, sans s'être assuré, par de longues enquêtes, de la dignité de ceux à qui l'on accorde cette faveur. Et ce que je dis du législateur français est vrai de toutes les lois qui sont faites dans le vieil esprit de la naturalisation individuelle. A entendre ces craintes et ces terreurs, on croirait que les immigrants sont des forçats évadés, qu'il ne faut admettre qu'avec mille précautions, et auxquels on ferait peut-être mieux de fermer la porte. Non, ce ne sont pas les mendiants, les vagabonds, les repris de justice qui émigrent, ils sont trop paresseux, et trop inertes pour chercher à l'étranger une amélioration de leur condition; il faut pour cela le travail. Ce sont des travailleurs, des pionniers qui vont aux Etats-Unis, ce sont des commerçants, des industriels, des ouvriers qui viennent s'établir en France ou en Belgique. Que vient-on parler de *dignité?* S'ils étaient dignes d'être Allemands ou Anglais, ils sont aussi dignes d'être Français ou Belges. Laissons de côté ce vieux préjugé, né de l'isolement et de l'hostilité des peuples. Toutes les nations se valent, toutes ont leur mission, toutes ont leur grandeur. Les constitutions françaises ne demandaient à l'étranger que son travail, c'est là la vraie dignité qui ennoblit l'homme; si les travailleurs viennent à vous, pourquoi les repousser? Sont-ils moins dignes d'être, en 1867, sujets de l'Empereur, qu'ils ne l'étaient, de 1790 à 1800, d'être citoyens de la grande nation qui conquit sa liberté et la répandit par la propagande armée?

Il faut aussi laisser de côté cet autre préjugé qui voit une faveur dans la naturalisation que l'on accorde à l'étranger. Cette faveur consiste à avoir une patrie de choix. C'est un droit que l'homme tient de Dieu. Si le Créateur l'attache par des liens tout-puissants au sol qui l'a vu naître, il lui donne aussi le droit de s'établir ailleurs, en le douant de la liberté sans laquelle il n'y a point de vie. La patrie est tout ensemble un droit et une obligation. C'est

un droit, à moins qu'on ne veuille parquer les hommes dans l'Etat où ils sont nés, comme la Chine a essayé de le faire. Le mur de la Chine a été détruit à coups de canon, et je ne pense pas qu'on veuille entourer les Etats européens d'un mur chinois. Donc l'expatriation devient un droit, et comme toute personne doit avoir une patrie, celui qui a abandonné sa patrie d'origine doit se créer une patrie nouvelle là où il s'établit. Au lieu d'être une faveur, la patrie est avant tout une obligation. S'il y a des émigrants, et c'est le grand nombre, qui cherchent une patrie nouvelle, il y en a d'autres qui, dans leur égoïsme, préfèrent d'être étrangers partout. Ils ne demanderont pas la faveur que les lois de naturalisation leur offrent. Donc la naturalisation, comme faveur, est inefficace; il faut la considérer comme un droit et comme une obligation. Ce qui conduit à un système nouveau : celui de la naturalisation des étrangers, établis pendant un certain laps de temps, auxquels le législateur accorde la qualité d'indigènes, sans qu'ils la demandent, en leur permettant de faire une déclaration d'extranéité. Et si la loi naturalise de plein droit les étrangers domiciliés, parce qu'en se fixant dans le pays sans esprit de retour, ils manifestent l'intention d'abdiquer leur patrie d'origine, et d'acquérir une nationalité nouvelle dans l'Etat où ils s'établissent, à plus forte raison doit-elle accorder la naturalisation aux étrangers qui la demandent, et sur la volonté desquels il ne peut plus y avoir de doute. Ainsi la théorie de la naturalisation se résume en ces deux principes : tout homme doit avoir une patrie, donc au moment même où il abdique sa patrie d'origine en s'établissant dans un pays étranger, il doit en acquérir une nouvelle. La naturalisation est un droit pour l'émigrant, et partant un devoir pour l'Etat où l'immigrant s'établit avec l'intention de s'y fixer. Dans cet ordre d'idées, il n'y a pas d'autre condition requise pour la naturalisation que celle de la volonté de l'étranger de l'acquérir, avec une garantie qu'il veut l'acquérir.

N° 2. QU'EST-CE QUE LA NATURALISATION?

184. Le mot de naturalisation indique quel en est l'objet. Par sa naissance l'homme appartient au pays où il a vu le jour. C'est la nature qui lui donne cette patrie; de là l'expression de *naturels* d'un pays, pour indiquer les *indigènes*, ou, comme on dit aujourd'hui, les citoyens de naissance. Par la naturalisation on abdique cette nationalité d'origine, et l'on en acquiert une nouvelle. C'est une patrie d'adoption, et il y a quelque chose de fictif dans l'adoption politique comme dans l'adoption civile; l'Anglais ne devient pas Français au moment où il se fait naturaliser en France, ce n'est qu'après plusieurs générations que l'assimilation est complète. Toujours est-il que la fiction de la loi imite la nature; en droit, l'immigrant change de patrie, au moment même où il est naturalisé, et l'adopté a les mêmes droits que les naturels du pays qui l'adopte. La patrie est une, elle ne se scinde pas et ne se divise pas; en cas de naturalisation une patrie remplace l'autre.

Dans le système de la naturalisation générale et de droit, cela est d'évidence. Ainsi quand le code Napoléon permet aux étrangers nés en France de réclamer la qualité de Français, ceux qui la réclament deviennent Français en optant pour leur patrie d'adoption; on n'a jamais songé à faire une différence entre ces Français adoptifs et les Français naturels. Il en était de même sous l'empire du droit intermédiaire, alors que les constitutions réputaient Français tout étranger qui remplissait les conditions prescrites par la loi. Il n'y avait qu'une catégorie de Français, comme il n'y a qu'une patrie. Toutefois ce principe si simple est méconnu aux Etats-Unis, comme je le dirai plus loin. En fait, il se fait un mélange incohérent des deux systèmes, et l'un emprunte à l'autre ses règles et aussi ses défauts.

Dans le système de la naturalisation individuelle, tout est faveur de la part de l'Etat qui adopte; il peut attacher à l'adoption telle condition et tel effet qu'il veut. La naturalisation peut être complète, c'est-à-dire assimiler en-

tièrement l'étranger à l'indigène. Cette idée est si naturelle qu'elle a presque toujours été consacrée par les lois; le langage même l'exprimait : on appelait les actes de naturalisation, lettres de *naturalité*, pour marquer que l'étranger naturalisé devenait un *naturel* du pays, comme les indigènes le sont par nature. Mais la réalité ne répondait pas toujours à ce principe. La naturalisation étant une faveur, une espèce de libéralité, c'est à l'Etat qui l'accorde d'y mettre telle réserve qu'il juge convenable. Les Romains pratiquaient ce système de naturalisation partielle sur une large échelle, à l'égard des vaincus, qu'ils voulaient attacher à la cité dominante par des liens civils ou politiques : aux uns ils accordaient la jouissance des droits civils, aux autres ils concédaient la latinité, à d'autres encore le droit de cité. Dans l'ancien droit il y avait également de ces restrictions. L'orgueil national, la défiance, la jalousie, les haines qui divisaient les peuples, concouraient à établir des différences entre les naturels et ceux qui, entachés du vice d'extranéité, obtenaient la faveur d'être assimilés aux naturels par des lettres de naturalité. L'assimilation n'était pas complète, la naturalisation n'ouvrait pas aux étrangers l'accès des grandes fonctions, qui étaient l'exercice de la souveraineté ; dans leur patriotisme étroit et haineux, les naturels ne voulaient pas être gouvernés par des étrangers. En fait on qualifiait toujours d'étrangers ceux qui avaient obtenu des lettres de naturalité, à moins que par une faveur toute spéciale, les rois, en vertu de la plénitude de leur souveraineté, ne leur eussent octroyé ce privilége.

185. Ces distinctions étaient inconnues sous l'empire des constitutions françaises; et Napoléon ne jugea pas à propos de les rétablir. Mais en 1814, on voulut tout restaurer. Une ordonnance de Louis XVIII du 4 juin 1814 porte, article 1er : « Conformément aux anciennes constitutions françaises, aucun étranger ne pourra siéger, à compter de ce jour, ni dans la chambre des pairs, ni dans celle des députés, à moins que, par d'importants services rendus à l'Etat, il n'ait obtenu de Nous des lettres de naturalisation vérifiées par les deux chambres. »

L'article 2 maintenait le droit commun en matière de naturalisation; il y eut dès lors deux espèces de naturalisation, l'une que l'on appelle grande et l'autre que l'on nomme ordinaire. La grande naturalisation n'était plus une faveur, et bien moins un droit; c'était une récompense nationale, puisqu'il fallait avoir rendu des services importants à l'Etat pour l'acquérir, et les représentants de la nation concouraient avec le roi pour accorder cette récompense. Cette distinction n'a aucun fondement en droit. Conçoit-on qu'il y ait deux patries, deux nationalités différentes, par suite d'une naturalisation qui assimile l'étranger à l'indigène et d'une autre naturalisation qui ne l'y assimile point? L'étranger qui demande la naturalisation en France jouissait chez lui de la plénitude des droits attachés à la qualité de citoyen; pourquoi ne jouirait-il pas des mêmes droits dans sa patrie d'adoption? Ce n'est pas pour déchoir qu'il change de nationalité, c'est pour améliorer sa condition; cependant il déchoit régulièrement, puisque la grande naturalisation est une exception très rare. Cette étrange idée se concevait sous l'ancien régime, où tout était faveur et privilége. D'abord il dépendait du bon plaisir du roi d'accorder des lettres de naturalité, et quand on parle du roi, on devrait parler de ses favoris et de ses favorites. C'était encore la faveur royale, exploitée par des courtisans et des courtisanes, qui appelait aux plus hautes charges : faut-il s'étonner s'il répugnait aux peuples d'être gouvernés par des hommes qui devaient leur élévation à la maîtresse royale? Ces abus heureusement sont devenus impossibles. Ce n'est plus dans les bas-fonds des cours que réside le gouvernement : les hommes politiques sont désignés et imposés au choix du roi par la nation souveraine qui les élit, et par la majorité qui domine dans les chambres. Toutes les fonctions ont leurs règles, et l'opinion publique est plus puissante que la faveur des princes. Pourquoi donc ces défiances que l'on témoigne aux étrangers naturalisés? Dans notre régime, elles n'ont plus de raison d'être. On ne veut point qu'ils deviennent membres des chambres ou ministres; mais qui élit les députés? Les élections se

font-elles par des influences de cour? Le roi voudrait faire élire un représentant, qu'il serait impuissant. Là où la nation est souveraine, il ne peut plus s'agir du règne d'un favori ou d'une favorite.

La grande naturalisation introduite par l'ordonnance de 1814 a existé en France jusqu'en 1848; la loi du 3 décembre 1849 semblait la rétablir en exigeant une loi pour accorder l'éligibilité à l'étranger naturalisé; mais le décret du 2 février 1852 est incompatible avec cette disposition (1). En 1867, on proposa de révenir au système de Louis XVIII et de ce qu'il appelle les anciennes constitutions françaises; la proposition fut rejetée par la commission de la chambre des députés. Le rapporteur en donne d'assez mauvaises raisons. On était encore sous le régime de l'Empire; le pouvoir exécutif, c'est-à-dire l'empereur était tout, et les chambres n'étaient rien : pourquoi la naturalisation accordée par l'empereur n'aurait-elle pas rendu l'étranger éligible? Le rapport ajoute qu'il n'est pas à craindre que les étrangers naturalisés envahissent la chambre. Ces craintes sont presque ridicules; elles l'étaient surtout sous l'Empire, puisque l'empereur était, à vrai dire, le grand électeur. On lit dans le rapport que Masséna fut le premier à qui l'ordonnance de Louis XVIII fut appliquée; après lui, vingt et un étrangers obtinrent la même faveur sous les divers gouvernements qui se sont succédé jusqu'au 24 février 1848 (2). Ainsi pendant trente-quatre ans, il ne se trouva que vingt-deux étrangers dignes d'être Français! Ce résultat est plus que la critique du système, c'en est la satire.

186. Il n'y a rien de plus tenace que les préjugés de race; le droit anglais tout entier repose sur une tradition qui ne se compose pour ainsi dire que de préjugés. On y trouve aussi la grande naturalisation, bien qu'on ne lui donne point ce nom. D'après l'acte de 1844, l'assentiment de la reine et des deux chambres du parlement était néces-

(1) Demangeat sur Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 103, note *a* de la 4e édition.

(2) Rapport de la commission du Corps législatif, no 6 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1867, IVe partie, p. 72.

saire pour être membre du parlement, ou pour siéger au conseil privé. Lors de la discussion du bill, lord Brougham remarqua que ce consentement ne serait jamais refusé, excepté pour des raisons valables et suffisantes (1). Cela ressemble à une naïveté ; il ne s'agit pas de savoir si le consentement se donnera régulièrement, mais s'il y a une raison pour l'exiger. Quoi ! la Cité de Londres élit un étranger à la chambre des communes et il lui faudra de plus l'assentiment de la reine, des lords et des communes, pour pouvoir siéger au parlement ! Pourquoi cette défiance ? N'est-il pas absurde que la nation qui élit ses représentants fasse une loi par laquelle lesdits représentants ne seront pas reçus par la chambre quand même celle-ci voudrait les recevoir, si les lords et la reine refusent leur assentiment ?

Les préjugés anglais se sont transmis aux colonies américaines. Aux termes de la constitution fédérale, nul ne peut être élu président ou vice-président des Etats-Unis, s'il n'est citoyen né aux Etats-Unis, ou s'il n'était citoyen des Etats-Unis à l'époque de l'adoption de la constitution. Une loi même ne suffirait pas pour rendre éligible un étranger naturalisé, ou pour valider son élection ; il faudrait un changement dans la constitution. N'est-ce pas pousser la défiance trop loin ? C'est la nation, en définitive, qui élit le président. Pourquoi se défier de la nation, qui est la source de tous les pouvoirs ? La constitution fédérale porte encore qu'il faut être citoyen depuis sept ans pour être éligible à la chambre des représentants, et pendant neuf ans, pour être éligible au sénat. En théorie, cela se comprend, mais en fait, la volonté nationale ne devrait-elle pas l'emporter (2) ?

187. La législation anglaise et la constitution des Etats-Unis ne connaissent point la doctrine de la grande naturalisation accordée à titre de récompense nationale. Cette vieille doctrine, ressuscitée en 1814 par la réaction

(1) Stephen, *Commentaries on the laws of England, partly founded on Blackstone*, t. II, p. 410, n° 4 (de la 7e édition). Lawrence, sur Wheaton, t. III, p. 207.

(2) Lawrence, *Commentaire* sur Wheaton, t. III, p. 195 et suiv.

royale, a passé dans la Constitution et les lois de Belgique. C'est un étrange anachronisme. Il y a deux espèces de naturalisation, la grande naturalisation et la naturalisation ordinaire; l'une et l'autre sont accordées par le pouvoir législatif; la Constitution le veut ainsi (art. 5). Cela indique déjà l'esprit de notre législation. « Le Congrès a pensé que la nation seule pouvait, par l'organe de ses mandataires, s'associer des étrangers; il a voulu que ce *bienfait* ne fût pas *prodigué,* et surtout qu'il ne fût pas accordé au gré du caprice d'un prince à des favoris qui en seraient *indignes.* » C'est en ces termes que j'ai essayé d'expliquer le principe de notre législation dans mes *Principes de droit civil.* L'explication n'est pas une justification. L'étranger qui est naturalisé ne reçoit pas un *bienfait,* c'est plutôt lui qui rend un service à l'Etat, dont il augmente la force. On ne saurait donc *prodiguer* la naturalisation. Aux Etats-Unis, on ne s'est jamais plaint qu'il y eût trop d'immigrants, quoique la tourbe irlandaise ne soit pas précisément une population d'élite : l'homme est toujours un capital inappréciable. Quand on parle avec dédain des misérables Irlandais, on oublie qu'ils sont victimes d'une tyrannie séculaire : le grand air de la liberté transformera des esclaves révoltés en hommes et en citoyens. Quant aux favoris indignes que les princes pourraient naturaliser s'ils en avaient le pouvoir, le mal est petit; si mal il y a, c'est dans le favoritisme princier; sous un gouvernement tel que le nôtre, il n'est guère à redouter, et il ne vaut vraiment pas la peine de s'en préoccuper.

La grande naturalisation n'est accordée qu'à celui qui a rendu des *services éminents* à l'Etat. C'est une dette que la Belgique paye, mais par une singulière anomalie, le débiteur est juge de l'existence de la dette. Quand peut-on dire qu'un étranger rend des *services éminents?* C'est encore plus que les services *importants* qu'exigeait l'ordonnance de Louis XVIII, et en France, on n'a trouvé en trente-quatre ans, que vingt-deux personnes dignes d'être Français; faut-il s'étonner si l'on ne trouve à peu près personne digne d'être Belge? On a commencé par refuser la grande

naturalisation à un professeur à l'Université, qui a voué sa vie à l'enseignement et qui y tenait le premier rang : on le considérait comme indigne; on fut forcé plus tard de le regarder comme digne, après qu'il eut mis sa science au service du pouvoir législatif qui lui avait refusé la naturalisation.

La naturalisation ordinaire est accordée à ceux qui ont accompli leur vingt et unième année et qui ont résidé pendant cinq années en Belgique. Quand je dis qu'elle est accordée, je m'exprime mal, c'est la condition sous laquelle la naturalisation peut être obtenue, mais le pouvoir législatif peut la refuser, pour motif ou prétexte d'indignité. Je dois encore remarquer que le système belge est en opposition avec les principes de notre droit civil. A vingt et un ans l'étranger peut être mineur ; tels sont les Néerlandais, qui ne deviennent majeurs qu'à vingt-trois ans, et les Prussiens, qui restaient mineurs jusqu'à vingt-quatre ans; ainsi les incapables peuvent abdiquer leur patrie d'origine et acquérir une nationalité nouvelle par leur résidence en Belgique pendant leur minorité, et à un âge où ils sont encore mineurs !

La grande naturalisation assimile seule l'étranger au Belge; il y a des droits politiques dont ne jouissent pas ceux qui ont obtenu la naturalisation ordinaire, ils ne sont pas éligibles au sénat et à la chambre des représentants, ils ne sont pas électeurs pour les chambres, ils ne peuvent pas être ministres. Quels sont les motifs de ces restrictions? J'ai répondu dans mes *Principes de droit civil* : « On voit ici la raison de la division de la naturalisation en *grande* et *ordinaire*. C'est un sentiment de dignité nationale, peut-être faudrait-il dire de *jalousie*, qui l'a dictée. *Jalousie respectable*, du reste : il ne faut pas que les nations confient leur destinée à des mains étrangères; il est donc juste qu'ils excluent les étrangers des plus hautes fonctions politiques. Mais elles ne doivent pas non plus s'isoler en écartant les étrangers de leur sein : il est donc bon qu'il y ait une naturalisation ordinaire qui permette aux étrangers de s'établir en Belgique

en y jouissant des droits civils et de la plupart des droits politiques (1). »

188. Voilà l'explication : ce n'est certes pas une justification. La *jalousie* n'est jamais *respectable*, et, dans l'espèce, elle n'a aucune raison d'être. De quoi peut se plaindre une nation qui est souveraine et qui élit à la chambre des représentants ou au sénat un étranger naturalisé? Cela ne suffit pas encore pour que l'élu dirige le gouvernement; il faut que par son talent il se mette à la tête de son parti et se trouve ainsi désigné au choix du roi par la volonté nationale? Si cela arrivait, où serait le danger pour la nationalité belge? C'est une hypothèse qui ne se présentera peut-être jamais, car les hommes de génie restent dans leur patrie; et si elle se présentait, la nation, au lieu d'être jalouse, devrait s'estimer heureuse d'avoir fait une conquête pareille. Régulièrement la naturalisation n'aura d'autre effet politique que de permettre aux étrangers naturalisés d'être électeurs ; si l'on trouve qu'il est dangereux que des naturalisés votent pour les chambres, il ne faut pas non plus leur permettre d'être électeurs et éligibles à la commune, car là est le vrai siége de l'influence politique, là s'allume le foyer ardent du libéralisme ; si l'on en écarte les naturalisés, que leur restera-t-il? Les fonctions publiques? La plupart ne les recherchent point. La jouissance des droits civils? Nos lois l'accordent aux étrangers, les quelques droits civils dont ils sont exclus ne valent pas la peine de rechercher la naturalisation. Que restera-t-il donc à ceux qui seraient naturalisés? L'honneur d'être Belge au lieu d'être Français, Allemand ou Anglais! Voilà à quoi aboutit la *jalousie nationale* analysée.

La naturalisation ordinaire est si peu rationnelle que l'on ne sait pas même ce qu'elle est. Notre Constitution (art. 5) dit que la grande naturalisation seule assimile l'étranger au Belge pour l'exercice des droits politiques; or, la naturalisation n'a d'autre intérêt pour l'étranger que les droits politiques. Si la naturalisation ordinaire ne

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 456, nos 350 et 351.

lui donne pas cette jouissance complète, à quoi servira-t-elle? Je dis que l'on ne sait pas même si elle confère la qualité de Belge. Par quoi le Belge diffère-t-il de l'étranger? C'est par la jouissance des droits politiques; donc si l'étranger n'acquiert pas par la naturalisation ordinaire la jouissance de tous les droits politiques, il ne devient pas Belge : en ce sens la Constitution a raison de dire que la *grande naturalisation seule* assimile l'étranger au Belge pour l'exercice des droits politiques. La loi du 27 septembre 1835 (art. 1er) dit, à la vérité, que la naturalisation ordinaire confère à l'étranger tous les droits civils et politiques attachés à la qualité de Belge, mais elle ajoute immédiatement : « à l'exception des droits politiques pour l'exercice desquels la Constitution ou les lois exigent la grande naturalisation. Le naturalisé ordinaire est donc Belge, et il ne l'est pas, c'est un état intermédiaire entre la condition de l'étranger exclu de tous les droits politiques et le Belge qui en jouit. Qu'est-ce que cet état intermédiaire et comment le qualifier? On ne le sait.

189. La difficulté augmente quand il s'agit des enfants de l'étranger qui a obtenu la naturalisation ordinaire? Sont-ils Belges, ou restent-ils des naturalisés? J'ai enseigné qu'ils suivent la condition de leur père. Nés d'un demi-Belge, ils ne peuvent pas être des Belges complets; cela serait contraire au principe fondamental qui régit la nationalité, à savoir que la nationalité du père se transmet à l'enfant; donc l'enfant, comme tel, ne saurait jamais avoir des droits que le père n'a point, à moins que la loi ne les lui accorde. Or, la loi ne dit pas que les enfants du naturalisé ordinaire deviennent Belges avec la plénitude des droits qui appartiennent aux naturels, ce serait dire que la *naturalisation ordinaire* accordée au père confère aux enfants la *grande naturalisation*; ce qui serait passablement absurde. La loi dit plutôt le contraire. Quand le naturalisé a des enfants mineurs, ceux-ci sont admis, à leur majorité, à jouir des mêmes avantages, moyennant une déclaration d'intention; les enfants nés avant la naturalisation ordinaire sont donc des naturalisés comme leur père : comment ceux qui naissent après la naturalisation

ordinaire auraient-ils la grande naturalisation? Il y a là un tissu d'impossibilités juridiques.

Mon opinion n'a pas trouvé faveur; la cour de cassation l'a repoussée (1). Nous allons l'entendre. La cour commence par poser en principe que le naturalisé ordinaire est Belge, ce qui trancherait la difficulté. Sur quoi la cour se fonde-t-elle? Sur l'article 1er de la loi de 1835 combiné avec les articles 4 et 5 de la Constitution. Que dit l'article 1er? Je viens de l'analyser; le naturalisé jouit de tous les droits civils et politiques attachés à la qualité de Belge, à l'exception des droits politiques les plus importants : peut-on dire que celui qui n'a pas tous les droits d'un Belge est Belge? Le bon sens dit non, et le texte de la loi ne dit pas le contraire. Un Belge peut être électeur et éligible pour les chambres, le naturalisé ne le peut pas, donc il n'est pas Belge. Que disent les articles 4 et 5 de la Constitution? Aux termes de l'article 4, la qualité de Belge s'acquiert d'après les règles déterminées par le droit civil. C'est un renvoi au code civil; est-ce que le code civil dit que la naturalisation ordinaire confère la qualité de Belge? L'article 4 ajoute que la Constitution et les autres lois relatives aux droits politiques détermineront quelles sont, *outre cette qualité*, les conditions nécessaires pour l'exercice de ces droits. Donc, dit-on, on peut être Belge sans avoir l'exercice des droits politiques. Qui en doute? Mais il faut compléter le sens de l'article 4, en disant que tous ceux qui sont Belges ont l'exercice des droits politiques, pourvu qu'ils réunissent les conditions légales. Est-ce que les naturalisés, quand ils payent le cens, seront électeurs et éligibles? Non certes, et pourquoi? Parce que la première de toutes ces conditions leur manque, ils ne sont pas Belges. Voilà pourquoi l'article 5 de la Constitution dit que la grande naturalisation seule assimile l'étranger au Belge pour l'exercice des droits politiques; j'en conclus que la naturalisation ordinaire n'assimile pas l'étranger au Belge, partant, il n'est pas Belge.

(1) Rejet, 28 mars 1876 (*Pasicrisie*, 1876, 1, 205). Dans le même sens, Bruxelles, 4 mars 1876 (*Pasicrisie*, 1876, 2, 156).

La cour de cassation ajoute que « la restriction aux droits du père qui n'a reçu que la naturalisation ordinaire est *personnelle*, et ne peut être étendue au *fils*, qui est *Belge par sa naissance.* » La restriction est *personnelle :* qu'est-ce à dire? Puisqu'il y a une restriction, le père n'a pas la plénitude de la qualité de Belge, il n'est pas Belge. Ce père qui n'est pas Belge a un fils : la restriction qui amoindrissait les droits du père ne passe pas au fils, dit la cour, parce qu'elle lui est personnelle, le fils est donc Belge par sa naissance. Quoi! Un père ayant une nationalité restreinte donne le jour à un enfant qui a la nationalité complète par sa *naissance?* Voilà un miracle juridique que, pour ma part, je ne comprends pas : comment l'enfant qui n'a de droits que parce qu'il est le fils de son père, aurait-il des droits plus étendus que ceux de son père? Un jour d'élection le fils votera, le père ne votera pas, et cependant c'est comme enfant de son père que le fils a voté! Comment celui qui n'est Belge qu'avec restriction, c'est-à-dire une fraction de Belge, peut-il engendrer un Belge complet? J'avoue que ma raison s'arrête.

La cour de cassation invoque la discussion. Il est inutile d'entrer dans ce débat, puisque la difficulté n'a pas été prévue dans les travaux préparatoires; la cour l'avoue : « toute la discussion a porté sur les droits des enfants mineurs nés *avant* la naturalisation. » Il s'agissait de savoir si la naturalisation profite aux enfants mineurs. La loi distingue : oui aux enfants nés après la naturalisation : non aux enfants nés avant la naturalisation, sauf en vertu d'une déclaration d'intention. Mais cela préjuge-t-il la question de savoir si les enfants du naturalisé auront des droits plus étendus que ceux de leur père? Cette question n'a pas été prévue, donc il est impossible qu'elle ait été tranchée. Il en résulte une conséquence absurde, c'est qu'il y a deux catégories de Belges, des Belges entiers et des demi-Belges; mais si cette absurdité existe pour les pères, pourquoi n'existerait-elle pas pour les enfants? La faute en est au faux système consacré par la Constitution.

190. La naturalisation ordinaire soulève encore une

autre question. Aux termes du code Napoléon (art. 17), la qualité de Français se perd par la naturalisation acquise en pays étranger. Ce principe reçoit-il son application à l'étranger qui obtient la naturalisation ordinaire en Belgique ? Je réponds encore qu'on ne le sait. Dans la rigueur du droit, il faudrait décider que le naturalisé conserve sa nationalité d'origine. En effet, le code civil suppose, ce que suppose le bon sens, que la naturalisation a cet effet que le Français abdique sa patrie en devenant Belge, au même titre que le sont les naturels belges ; et personne ne peut avoir deux patries. Or, peut-on dire que le Français naturalisé en Belgique a deux patries ? Oui et non : oui, pour les droits civils et quelques droits politiques ; non, pour les droits les plus importants. Il votera à Bruxelles, dans les élections communales ; il ira le lendemain voter à Paris pour le corps législatif. Voilà une nouvelle absurdité. Ici je ne suis plus seul de mon avis ; j'ai pour moi l'autorité de la cour de cassation de France, qui l'a jugé ainsi pour la naturalisation anglaise, laquelle est aussi une naturalisation avec des restrictions. J'y reviendrai.

N° 3. — QUI PROFITE DE LA NATURALISATION ?

191. La solution de cette question dépend du principe qui régit la naturalisation. Dans le système de la naturalisation générale, de droit, il n'y a aucun doute. Elle se fait en cas d'émigration ; l'émigrant s'expatrie avec sa famille ; femme et enfants quittent leur patrie d'origine pour acquérir une patrie nouvelle, et le fait seul de leur établissement doit leur assurer une patrie, puisqu'il ne saurait y avoir aucun doute sur leur intention, et l'Etat où ils se fixent a tout intérêt à les nationaliser. Si les lois exigent une condition, c'est uniquement la résidence pendant quelques années ; or, la femme et les enfants partagent la résidence du chef de la famille ; c'est la famille qui est naturalisée plutôt que le père. C'est ainsi que les choses se passent aux Etats-Unis (1). Ce système est ra-

(1) Voyez plus haut, n° 181, p. 320.

tionnel. La famille est la base de la nationalité ; c'est parce que l'enfant naît dans telle famille, qu'il se rattache à l'Etat dont cette famille fait partie ; or, la famille ne se dissout pas en émigrant; l'émigration constate, au contraire, le lien puissant qui fait, des divers membres de la famille, un seul corps ; ce lien subsiste dans la nouvelle patrie; donc, la femme et les enfants doivent changer de patrie avec le chef. Il y a cependant une objection contre cette théorie. La femme et les enfants mineurs sont des incapables ; le mari et le père peut-il disposer de leur nationalité ? Si l'on appliquait les principes du droit civil, la décision serait certes négative. Mais y a-t-il lieu d'appliquer ces principes? Il ne s'agit point d'un droit patrimonial, il s'agit d'un droit de race, que l'enfant mineur tient de sa naissance, c'est-à-dire de Dieu. La femme, le plus souvent, tient aussi sa nationalité de sa naissance, et si elle a suivi, en se mariant, la condition de son mari, c'est encore en obéissant à une voix divine qui lui dit : Tu abandonneras père et mère, et ta patrie, pour suivre l'homme avec lequel tu ne seras plus qu'une âme en deux corps. Si nous tenons de Dieu la patrie à laquelle il nous rattache par la naissance, c'est parce qu'il nous fait naître dans telle famille plutôt que dans une autre. La nationalité est donc avant tout un droit de famille. N'en faut-il pas conclure que tant que la famille existe, tous ses membres doivent avoir une seule et même patrie? Or, pour la femme, la famille existe toujours, donc aussi l'unité de patrie ; quant aux enfants, ils restent unis à la famille tant que dure leur minorité ; partant, les mineurs ne sauraient séparer leur destinée de celle de la famille qui émigre. C'est seulement à leur majorité que le lien de la famille se relâche. La fille est appelée à suivre la condition de son mari. Le fils doit se créer une carrière ; s'il est majeur à l'époque où la famille émigre, il peut préférer sa patrie d'origine, à laquelle l'attachent non seulement la naissance, mais l'éducation, la vie commune, les espérances, les projets d'avenir ; que s'il émigre avec la famille, il profitera de la naturalisation en son propre nom : il fait son option, c'est son droit. Peut-être con-

viendrait-il de laisser la même faculté au mineur, en lui permettant, à sa majorité, de choisir sa patrie d'origine. Cela concilierait tous les droits.

192. Le système de la naturalisation individuelle conduit à de tout autres conséquences. C'est une faveur que le législateur permet d'accorder à l'étranger. Cela suppose une personne capable d'abdiquer sa patrie de naissance et d'acquérir une patrie nouvelle ; ce qui exclut déjà les incapables, la femme et les enfants. De plus, la naturalisation est un bienfait, et toute grâce est personnelle de son essence. On ne peut pas faire participer des enfants à la naturalisation de leur père, parce que l'on ignore s'ils en seront dignes. On ne peut pas l'accorder à la femme, par la raison très simple qu'elle ne la demande pas, ce qu'il faut supposer, et on ne prodigue pas une faveur à ceux qui peut-être n'en voudraient point Telle est la logique des principes.

La loi belge l'a consacrée. L'article 4 de la loi de 1835 porte : « La naturalisation du père assure à ses enfants mineurs la faculté de jouir du même avantage, pourvu qu'ils déclarent, dans l'année de leur majorité, devant l'autorité communale du lieu où ils ont leur domicile ou leur résidence, que leur intention est de jouir du bénéfice de la présente disposition. » Ainsi, les mineurs ne sont pas naturalisés par le fait seul de la naturalisation du père ; ils peuvent ne pas vouloir de cette naturalisation ; il faut donc une déclaration d'intention. Cette déclaration suffit pour que, arrivés à la majorité, ils deviennent Belges, il n'est pas nécessaire qu'ils demandent la naturalisation au pouvoir législatif. Ceci est une dérogation à la rigueur du système. Le père peut être digne de devenir Belge ; l'enfant peut en être indigne ; pourquoi la loi le naturalise-t-elle de droit, sans information, sans intervention du pouvoir législatif, qui seul a pouvoir de naturaliser, d'après notre Constitution ? La disposition est un acte de faveur, mais elle est illogique, et l'on peut douter qu'elle soit constitutionnelle.

Quant aux enfants majeurs, la loi n'avait rien à statuer à leur égard ; ils restent soumis aux droit commun ; s'ils

veulent devenir Belges, ils doivent demander la naturalisation au pouvoir législatif. Cette disposition s'applique aussi à la grande naturalisation; seulement, par une nouvelle gracieuseté, le législateur tient compte aux enfants des services que leur père a rendus à la Belgique; ils obtiendront, en la demandant, la grande naturalisation, sans que personnellement ils aient rendu des services éminents à l'Etat (art. 4). L'inconséquence est évidente : le talent, le génie, le dévouement ne sont pas héréditaires : que de pères éminents ont des enfants qui sont indignes d'eux ! Les services sont personnels; la récompense devrait aussi l'être.

193. La loi belge ne parle pas de la femme mariée. On a conclu, et avec raison, que la naturalisation du mari ne lui profite pas (1). Cela est certain si l'on s'en tient à la loi de 1835. Elle part du principe que la naturalisation est une faveur individuelle et personnelle, ce qui exclut la femme aussi bien que les enfants. Si ceux-ci profitent de la naturalisation de leur père, c'est par exception au principe; c'est plus qu'une exception, c'est une anomalie; or, la loi ne déroge pas au principe en faveur de la femme, ce qui est décisif. Tout ce que l'on peut soutenir, c'est que la femme suit la condition de son mari, en vertu des articles 12 et 19 du code Napoléon, ce qui peut être étendu au changement de nationalité du mari pendant le mariage; mais la loi française peut bien disposer que la femme française perdra sa nationalité si le mari se fait naturaliser en Belgique; elle ne peut pas déclarer que la femme deviendra Belge; il faudrait pour cela une déclaration du législateur belge, et on la chercherait vainement dans la loi de 1835.

194. La loi française du 7 février 1851 est conçue dans le même sens. L'article 2 porte : « L'article 9 du code civil est applicable aux enfants de l'étranger naturalisé, quoique nés en pays étranger, s'ils étaient mineurs lors de la naturalisation. A l'égard des enfants nés en France ou à l'étranger, qui étaient majeurs à cette même

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 455 et 456, n° 349.

époque, l'article 9 du code civil leur est applicable dans l'année qui suivra celle de leur naturalisation. » Le principe de cette loi est celui de la loi belge, à savoir, que le bénéfice de la naturalisation accordée à un étranger ne se communique jamais à ses enfants, même mineurs ; il faut, pour qu'ils en profitent, qu'ils fassent une déclaration d'intention. Cette déclaration doit se faire, pour l'enfant mineur, dans l'année qui suit celle de sa majorité, et il va sans dire que cette majorité est celle de la loi étrangère, puisque l'enfant est né étranger et reste étranger jusqu'à sa déclaration. L'enfant majeur profite aussi de la naturalisation accordée à son père; en cela, la loi française est plus favorable et, par conséquent, moins logique encore que notre loi; mais aussi elle sauvegarde l'intérêt de la famille en maintenant son unité : l'enfant majeur peut, dans l'année de sa naturalisation, réclamer la qualité de Français (1).

Ne vaudrait-il pas mieux disposer que les enfants, mineurs et majeurs, profiteront de la naturalisation accordée au père, de droit et sans aucune manifestation de volonté ? Leur volonté de suivre la condition du père est probable. La naturalisation n'est accordée qu'après une résidence plus ou moins longue dans le pays où le père se fait naturaliser, ses enfants y seront fixés avec lui ; ils y seront devenus naturels par la vie commune, les idées et les sentiments; on peut les assimiler aux enfants nés sur le territoire, qui sont généralement considérés comme indigènes, d'après la plupart des législations. Les déclarations d'intention exigées par les lois françaises et belges ne se font pas, le plus souvent, soit par oubli, soit par ignorance, soit par un calcul immoral; la loi peut et doit considérer comme indigènes les enfants de celui qu'elle naturalise, en présumant que telle est l'intention de la famille, sauf à leur permettre de faire une déclaration d'extranéité. C'est ce que j'ai proposé pour les enfants nés, sur le sol, d'un étranger, lesquels doivent faire une déclaration de leur intention d'après le code Napo-

(1) Demangeat sur Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 106, note.

léon (art. 9). Il y a même raison de décider pour les enfants d'un étranger naturalisé. D'ordinaire, quand le père obtient la naturalisation, toute la famille émigre; donc, tous les membres de la famille doivent changer de patrie, et en acquérir une nouvelle, en abdiquant leur patrie d'origine.

195. La loi française de 1851 ne parle pas de la femme de l'étranger naturalisé. Reste à savoir si le code Napoléon ne la naturalise pas de plein droit. La question est controversée. Je me suis prononcé, avec la plupart des auteurs, contre cette naturalisation tacite (n° 192), et telle est aussi la jurisprudence française, dans les cas où il s'agit d'une femme étrangère devenue française par son mariage, ou d'une femme française qui épouse un Français; elle conserve sa nationalité quand, pendant le mariage, le mari se fait naturaliser en pays étranger. Au point de vue du principe suivi par le code Napoléon, la solution n'est guère douteuse; si la naturalisation est un acte individuel et personnel, il faut que la femme la demande et l'obtienne. Mais cette doctrine a des conséquences très graves, elle rompt l'unité de famille, elle introduit la division et l'hostilité là où devrait régner la plus parfaite harmonie. Ces considérations ont entraîné quelques interprètes du droit français. La loi, disent-ils, déclarant que la femme suit la condition de son mari, il est inutile qu'elle exige une déclaration d'intention; en se mariant, la femme a consenti à suivre la destinée de son mari; c'est la raison pour laquelle, lors de son mariage, elle change de nationalité si elle épouse un étranger; la même raison doit produire le même effet pendant le mariage si le mari change de patrie (1). Je crois que ce système est le bon, mais je doute qu'il se concilie avec le texte du code civil, et avec l'esprit du droit français. Il faudra une nouvelle loi ou des traités pour décider la difficulté.

(1) Zachariæ, t. I, § 166, note 7. Les éditeurs de Zachariæ, Aubry et Rau, ont abandonné sur ce point l'opinion du jurisconsulte allemand (t. I, § 74, p. 272 et note 21 de la 4e édition). Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 193, n° 998 (de la 2e édition). Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 104, n° 40 (4e édition) et dissertation dans la *Revue étrangère*, t. X, p. 446 et 459.

196. Le code italien a consacré le principe de l'unité de famille; je transcris l'article 10, dernier alinéa : « La femme et les enfants mineurs de l'étranger qui a obtenu la naturalisation en Italie deviennent Italiens, pourvu qu'ils aient eux-mêmes fixé leur résidence dans le royaume; mais les enfants peuvent opter pour leur nationalité d'origine par une déclaration faite dans l'année de leur majorité. » On voit que le législateur italien ne permet pas à la femme de conserver sa nationalité quand le mari se fait naturaliser; l'union intime que le mariage établit entre les deux époux s'oppose à ce qu'ils aient des patries différentes, parfois hostiles et ennemies. Je remarque encore que le code italien n'étend pas son principe aux enfants majeurs de l'étranger naturalisé : c'est le système belge, mais il me semble que, dans la doctrine de l'unité de famille, on doit comprendre tous les enfants dans l'acte de naturalisation. Si une famille tout entière quitte sa patrie pour s'établir ailleurs, les émigrants ont tous l'intention d'acquérir une nouvelle patrie; le père, comme chef de la famille, les représente, et agit en leur nom; la naturalisation qu'il obtient doit donc profiter à tous. Le droit que le code italien réserve aux enfants de réclamer leur nationalité d'origine, donne satisfaction à tous les droits et à tous les intérêts.

197. J'ai dit, dans mes *Principes de droit civil*, en me prononçant pour l'opinion contraire, que la question était simple et la solution évidente. Cela est vrai, au point de vue du système qui considère la nationalité comme un droit individuel et la naturalisation comme un acte personnel, sans tenir compte de l'unité de famille. Mais il n'y a point de principe absolu en droit, et l'unité de famille est aussi un principe; la famille est le foyer où le sentiment de la patrie naît et se développe : dans quel esprit élèvera-t-on les enfants qui auront une double nationalité, celle de leur père et celle de leur mère? Divisés en eux-mêmes, on ne saura à quelle race ils appartiennent; s'ils prennent fait et cause pour l'une des patries, l'unité fera place à la discorde. Il y a un autre danger, c'est qu'ils deviennent indifférents à toute patrie, et l'indifférentisme,

qui est la ruine de la religion, est aussi la ruine de l'ordre politique. Un principe d'une si haute importance ne mérite-t-il pas qu'on le prenne en très sérieuse considération? Même au point de vue du droit privé, il faut accorder une place, et la première, à l'unité de famille. Si les époux appartiennent à des nationalités différentes, leurs statuts aussi seront différents. Quel sera le statut qui réglera la puissance maritale et la condition de la femme? La femme était ou est devenue Française par son mariage : elle est sous puissance de son mari, mais cette puissance n'est plus qu'un devoir de protection, l'obéissance à laquelle la femme est tenue se traduit en une incapacité civile. Le mari se fait naturaliser dans un pays où règne encore le droit de correction que la loi romaine lui donne sur sa femme : aura-t-il le droit de battre sa femme, de l'emprisonner? Par une contradiction étrange, et tout est inconséquence en cette matière, les mêmes lois qui donnent au mari un pouvoir de correction laissent à la femme une indépendance entière pour la gestion de son patrimoine paraphernal. Est-ce que la femme incapable va devenir capable si son mari change de nationalité? ou de capable qu'elle était, deviendra-t-elle incapable?

Même perplexité quand il s'agit de la puissance paternelle. Si les enfants ont une nationalité différente de celle de leur père, ils seront régis par des statuts différents. Quel statut suivra-t-on pour l'exercice de la puissance paternelle, celui de l'enfant ou celui du père? Dans les pays coutumiers, tels que la France et la Belgique, il faudrait se prononcer pour le statut des enfants, parce que la puissance paternelle n'est plus qu'un devoir de protection établi dans l'intérêt de l'enfant. Dans les pays de droit romain, au contraire, le statut du père l'emporterait, puisque la puissance paternelle est un droit du père, introduit dans son intérêt. Le principe de l'unité de famille évite ces conflits.

Je ne dis pas que le principe de la personnalité n'ait sa part de vérité. La nationalité est un droit que l'homme tient de Dieu; peut-on l'en dépouiller malgré lui? Qu'il puisse changer de patrie, soit. Mais au moins faut-il

pour cela un acte de volonté, puisque c'est l'exercice de la liberté individuelle. Et n'est-il pas absurde qu'un changement de nationalité, qui implique la liberté, se fasse pour la femme et les enfants, sans qu'ils le veuillent, et même pour les enfants mineurs sans qu'ils le sachent? Il faut donc aussi tenir compte de la personnalité et de ses droits. Pour la femme, il est difficile de maintenir son droit pendant la durée du mariage, non pas, comme on le dit, parce qu'elle se soumet, par son mariage, à la puissance du mari; il ne s'agit pas d'une soumission d'esclave, et de ce que le code Napoléon appelle l'obéissance de la femme; c'est l'affection sans bornes des époux qui fait qu'ils n'ont qu'une âme dans deux corps; dans cet ordre de sentiments, on ne conçoit pas que la femme ait une autre nationalité que son mari; elle a abandonné père et mère ainsi que sa patrie, pour suivre celui avec lequel elle ne fera plus qu'un, elle doit donc changer de nationalité avec lui. On dira : Voilà encore une fois la domination du mari qui reparaît, et par conséquent la subordination de la femme. Que devient alors sa personnalité et son droit? Si la femme suit la condition de son mari, ce n'est pas parce que le mari est seigneur et maître, c'est parce que la nationalité n'a d'intérêt que pour lui; cela est évident en ce qui concerne les droits politiques, et c'est la jouissance des droits politiques qui est l'objet principal de la naturalisation; or c'est l'homme seul qui exerce les droits politiques; il est donc naturel que l'intérêt du mari l'emporte, en matière de nationalité.

Quant aux enfants, leur situation est différente. Tant qu'ils sont mineurs, l'unité de famille domine en ce qui regarde leur nationalité; ils n'ont pas encore de volonté propre, ils sont une dépendance de la famille, dont le père est le chef et le représentant. Il est évident que si le père veut émigrer, les enfants mineurs doivent le suivre; les enfants ont nécessairement le domicile du père, et ce que la loi dit du domicile, on doit le dire aussi de la nationalité. Ce n'est pas à dire que la personnalité des enfants soit sacrifiée; la loi ne fait qu'établir une présomption fondée sur une probabilité telle, qu'elle équivaut à la certi-

tude. Quand le père émigre et acquiert une patrie nouvelle, les enfants auront régulièrement, disons mieux, presque toujours, les sentiments de leur père, et leurs intérêts aussi sont identiques; quant aux mineurs qui lors de l'émigration n'auraient point l'âge requis pour avoir une volonté, ils s'identifieront d'autant plus vite avec leur patrie nouvelle. Le législateur n'impose donc pas une nationalité aux enfants en leur communiquant la naturalisation du père, il la leur donne, parce que telle est leur volonté présumée. Il respecte néanmoins leur personnalité et leur liberté : sont-ils majeurs, il leur permet d'opter immédiatement pour leur patrie d'origine : sont-ils mineurs, il le leur permet à leur majorité. Ainsi, tout en admettant comme principe dominant en cette matière l'unité de famille, le législateur ne lui sacrifie pas l'individualité de l'enfant, fondement de sa liberté. Les deux principes ont chacun leur part d'influence.

Il reste encore une difficulté dans cette matière qui est si difficile, parce que deux principes en apparence contraires se trouvent en présence et en conflit. Nous l'avons déjà rencontrée. Le droit français n'admet point que le mineur abdique sa nationalité; il ne pourrait personnellement demander la naturalisation, et il ne l'obtiendrait nulle part, car toutes les lois exigent comme condition de la naturalisation que l'étranger soit majeur. Si le mineur français ne peut abdiquer sa patrie par une naturalisation volontaire, comment le pourrait-il par une naturalisation forcée? Le père se fait naturaliser en Suisse; les lois des divers cantons suivent le principe de l'unité de famille; elles déclarent que les enfants mineurs deviennent Suisses par la naturalisation du père. Comment concilier cette naturalisation tacite avec le statut personnel de l'enfant qui ne lui permet point de se faire naturaliser tant qu'il est mineur? Le statut de minorité ne le suit-il pas à l'étranger? Incapable d'abdiquer sa nationalité, il reste soumis à cette incapacité en pays étranger; partant la naturalisation que lui donne la loi suisse sera inopérante en France. J'ai essayé de répondre à cette doctrine, consacrée par la cour de cassation (n° 167). On peut dire qu'il

ne s'agit pas du statut de l'enfant, puisqu'il n'est pas naturalisé en Suisse par sa volonté; il change de patrie sans qu'il le veuille et même sans qu'il le sache. C'est sa famille qui s'expatrie, et, comme membre de la famille, il change de nationalité avec elle. Cette considération n'est pas sans force, mais je doute qu'elle prévale dans la jurisprudence; les cours françaises n'admettront point qu'un mineur français soit naturalisé par une loi suisse, au mépris de la loi française : elles maintiendront la prédominance de la loi nationale. Ainsi le mineur aura deux patries : il sera Suisse en Suisse, et Français en France. Ce regrettable conflit ne sera vidé que par voie diplomatique. J'ai déjà indiqué le moyen de conciliation : permettre au mineur français, devenu Suisse par la naturalisation de son père, d'opter pour la nationalité française à sa majorité. On pourrait même le forcer à opter plus tôt, pour donner satisfaction à la loi française, en ce qui concerne le service militaire. A dix-huit ans, la carrière du mineur est fixée; il sait si son intérêt exige qu'il soit Suisse ou Français; la loi peut donc lui permettre, en l'entourant de garanties, avis de la famille, homologation du tribunal, d'opter entre les deux patries. Cette option obligatoire est tout ce que l'on peut exiger au point de vue de l'intérêt français; la France, ni aucune nation, ne saurait avoir la prétention d'imposer sa nationalité, même à un mineur; devenu majeur, il pourrait abdiquer sa nationalité d'origine; or, si à l'âge de dix-huit ans il se prononce pour la nationalité suisse, cela prouve que la loi suisse avait raison de présumer que l'expatriation du père entraîne celle des enfants. Le mineur pourra aussi se prononcer pour la nationalité française; dans ce cas, c'est la Suisse qui devra céder, car elle aussi ne saurait prétendre qu'un mineur français devienne Suisse malgré lui (1).

N° 3. CONDITIONS DE LA NATURALISATION.

198. Les conditions de la naturalisation sont détermi-

(1) Comparez Brocher, *Droit international privé*, p. 199-201. Blunstchli, *Völkerrecht*, p. 28, § 7, de la 3e édition.

nées par le principe qui domine toute la matière. Dans le système de la naturalisation générale, elles sont très simples. En théorie, elles se résument dans une manifestation de volonté; car la naturalisation est un droit pour l'étranger, et en ce sens une obligation pour l'Etat où il veut acquérir une patrie nouvelle. La France de 1789 et les Etats-Unis adoptent tous les étrangers qui veulent jouir de leurs libres institutions; si le législateur prescrit des conditions, c'est pour s'assurer que la volonté des immigrants est sérieuse et réfléchie. La liberté est pour la plupart des nouveaux venus une chose inconnue, il faut qu'ils apprennent à la pratiquer, en la conciliant avec le respect dû à la loi. De là la nécessité d'une résidence plus ou moins longue, et d'un serment civique. Le législateur révolutionnaire avait imaginé d'autres conditions, mariage avec une Française, possession d'un immeuble, payement d'une contribution foncière, je ne parle pas des soins donnés à un orphelin ou à un vieillard. Toutes ces garanties ont été successivement abandonnées, même le serment, en France; il y a eu depuis 1789 tant de régimes contraires, et ils se sont succédé avec une telle rapidité, que les serments politiques sont presque devenus un jeu; mieux vaut ne pas les prodiguer. Aux Etats-Unis et en Angleterre, on l'a maintenu, parce que la stabilité y est plus grande: la constitution et la liberté anglaises plongent leurs racines jusque dans la féodalité, et la démocratie américaine comptera bientôt un siècle d'existence. A vrai dire, le serment n'est qu'une manifestation de volonté; une simple déclaration atteint le même but. Je vais revenir sur la condition de résidence, elle est prescrite aussi dans le système de la naturalisation individuelle. Est-il nécessaire d'exiger, en outre, un établissement quelconque, agricole, industriel ou commercial? Ce sont des travailleurs qui émigrent, ce ne sont pas des mendiants ou des oisifs : c'est pour devenir propriétaires que les émigrants affluent aux Etats-Unis, il est inutile de leur demander qu'ils le soient, ils le deviendront, c'est leur ambition et ils la satisferont tôt ou tard. Ceux qui ne sont pas mariés se marieront, et naturellement avec une

femme qui est Américaine ou qui le sera. Je n'insiste pas sur ces conditions; les lois modernes ne les reproduisent pas parce qu'on les trouve inutiles.

199. Dans le système de la naturalisation individuelle, les conditions ont plus d'importance. Il s'agit d'une faveur, que l'on accorde à ceux qui en sont dignes. Comment s'assure-t-on de la dignité? Tel est l'objet des conditions que les diverses législations prescrivent. On demande d'abord si la naturalisation doit être autorisée par l'Etat que l'émigrant quitte pour s'établir ailleurs et acquérir une nouvelle patrie. C'est un point très important pour le droit civil international. S'il faut une autorisation, la naturalisation accordée par l'Etat étranger ne suffit point, le naturalisé sera toujours considéré comme sujet de sa patrie d'origine, il aura deux patries; considéré comme indigène là où il obtient la naturalisation, son ancienne patrie le réclame également comme un de ses sujets, et le punit, au besoin, pour s'être fait naturaliser sans y avoir été autorisé. Telle est la législation française, si l'on reconnaît force obligatoire au décret du 26 avril 1811. Je renvoie à ce que j'en ai dit ci-dessus (n° 133). C'est un détestable système. D'abord il méconnaît le droit qui appartient au citoyen de changer de patrie, il viole la liberté individuelle. Puis il conduit à des conflits entre l'Etat qui naturalise et l'Etat que le naturalisé a abandonné; il faudrait dire déserté, car le naturalisé est traité comme déserteur, comme un criminel. Je ne parle pas de l'incertitude qui existe sur l'état des émigrants: Français rebelles en France, ils sont réputés citoyens dans le pays qui les a adoptés. C'est un état de guerre. Cependant on aurait tort d'accuser Napoléon de tyrannie; son décret est inconstitutionnel, mais il était en harmonie avec le droit commun de l'Europe. Il n'y a que dix ans que l'Angleterre et les Etats-Unis ont rompu le lien perpétuel d'allégeance qui attache le citoyen à la patrie. Sur le continent, l'expatriation n'est pas non plus reconnue comme un droit absolu; on y suit, au contraire, le système de Napoléon; ce n'est qu'après de longs démêlés que l'Allemagne a consenti à une transaction sur le droit de la patrie adoptive.

Au fond le principe traditionnel de l'allégeance règne encore, mais il a été obligé de transiger, ce qui prouve qu'il est en voie de disparaître. Je dirai plus loin quel est le système transactionnel qui a prévalu.

200. Les incapables, mineurs et femmes mariées, peuvent-ils se faire naturaliser?

Dans le système de la naturalisation générale, la difficulté ne se présente pas; c'est la famille qui est naturalisée plutôt que l'individu; la femme et les enfants suivent la condition du chef de la famille. Toutefois on reconnaît, en théorie du moins, au mineur le droit de faire, à sa majorité, une déclaration d'extranéité; cela suppose que sa naturalisation est imparfaite, et qu'elle exige une ratification expresse ou tacite. En effet, on ne conçoit pas la naturalisation sans une déclaration de volonté; elle implique d'une part la renonciation à un droit, le plus considérable de tous, la nationalité, et d'autre part l'acquisition d'une patrie nouvelle : peut-on renoncer à un droit et acquérir un droit sans un acte de volonté? La question n'a pas de sens. Or, le mineur est légalement incapable d'un acte de volonté; en droit français, il est représenté, dans tous les actes civils, par son père ou par son tuteur. Il faudrait donc que le représentant légal du mineur agît en son nom pour le faire naturaliser, comme il agit en son nom pour administrer ses biens ou en disposer. Mais conçoit-on que le père ou le tuteur dispose de la nationalité du mineur? Nos lois ne prévoient pas la difficulté; et il est impossible de la décider par voie d'analogie. On comprend que le conseil de famille et le tribunal autorisent le père ou le tuteur à aliéner un immeuble du mineur quand il y a nécessité absolue ou avantage évident : mais peut-on établir des calculs pareils pour l'abdication de la nationalité? En théorie, il faut dire que la naturalisation, considérée comme acte individuel, est personnelle par essence, et qu'elle ne peut se faire par un représentant. Toutefois je ne voudrais pas faire de ce principe un obstacle absolu : il arrive un âge où le mineur peut disposer de sa personne, et indirectement de ses biens. Nos lois permettent le mariage à l'homme à dix-huit ans; c'est un acte qui a des

conséquences bien plus graves que la naturalisation. Il y a des circonstances où l'intérêt du mineur concourt avec l'intérêt général pour lui permettre d'opter entre deux nationalités avant d'avoir atteint sa majorité. Tel est le cas du mineur né en France d'un étranger; il est étranger par son origine, et sa naissance sur le sol français lui permet de réclamer la qualité de Français. Il peut avoir intérêt à faire cette réclamation avant sa majorité, à l'âge où l'on entre à l'école polytechnique, et où l'on est appelé au service militaire; et cet âge est aussi celui où sa carrière est décidée. L'Etat, de son côté, est intéressé à ce que l'incertitude qui règne sur la nationalité des mineurs cesse le plus tôt possible. Le législateur français a tenu compte de ces graves considérations en permettant, sous certaines conditions, au mineur d'opter entre sa patrie d'origine et sa patrie d'adoption (n° 115). Je me suis autorisé de ce précédent pour faire une proposition dans le même sens, et plus large encore, dans le projet de revision du code civil. Ce sera au législateur belge de décider ce point si important et si difficile du droit civil international (1).

La difficulté ne se présente pas pour les femmes mariées. D'après le droit commun de l'Europe, elles suivent la condition du mari; l'Angleterre s'y est ralliée en 1870, quand elle a modifié sa législation sur la nationalité et sur la naturalisation. Il reste des doutes sur la portée du principe; mais la logique des idées conduira à admettre la conséquence qui résulte de l'unité de famille : si le législateur veut l'unité de nationalités lorsque le mariage se contracte, il doit la vouloir aussi pendant toute la durée du mariage.

201. La condition généralement admise par les diverses législations, pour que l'étranger puisse être naturalisé, est la résidence pendant un temps plus ou moins long. C'est aussi la résidence que l'on exige dans le système de la naturalisation générale (n° 198). Toutefois la différence est grande entre les deux systèmes. Aux Etats-

(1) Comparez Bar, *Das internationale Privatrecht*, p. 96, § 31.

Unis, la résidence est considérée comme un temps d'initiative, nécessaire pour que l'étranger s'habitue au grand air de la liberté, et au respect de la loi, sans lequel la liberté dégénérerait en licence et en anarchie. Dès que l'éducation de l'étranger est faite, sa naturalisation n'est plus qu'une question de forme. Il n'en est pas de même dans le système de la naturalisation individuelle. La résidence devient une épreuve, qui prouvera si l'étranger est *digne* ou non d'obtenir la faveur qu'il demande, et qu'on peut lui refuser. La loi française de 1867 porte qu'il est statué sur la naturalisation, après *enquête* sur la *moralité* de l'étranger; j'ai cité l'exposé des motifs et le rapport fait au corps législatif qui déterminent le sens de cette condition (n° 182). La naturalisation est une faveur, elle ne doit être accordée qu'à ceux qui en ont été jugés dignes. Pendant les trois ans de résidence qui sont exigés par la loi de 1867, l'étranger est soumis à une véritable surveillance, et c'est naturellement la police qui l'exerce : cela est humiliant pour l'étranger, et c'est aussi méconnaître son droit. Tout homme est *digne* d'avoir une patrie, puisque Dieu nous en donne une en naissant : est-ce que par hasard le pays où je vois le jour pourrait m'exclure de son sein en prétendant que je ne suis pas digne d'être Français ou Belge? Il ne s'agit pas de la dignité de l'homme, il s'agit de son droit, et ce droit est en même temps une obligation. La loi doit tenir compte de ce fait qui est un fait providentiel, que le législateur doit accepter : digne ou non, l'homme a droit à une patrie, et il doit en avoir une. Les lois ne peuvent pas défaire l'œuvre de Dieu.

202. La durée de la résidence est un fait assez arbitraire; elle varie d'une législation à l'autre, et elle varie dans un seul et même pays; la tendance générale est de diminuer le nombre d'années requises pour que l'étranger puisse être naturalisé. Ces variations ne témoignent pas pour le principe. La longueur du séjour accuse un esprit de défiance à l'égard de l'étranger; jadis il était réputé ennemi, et on ne lui reconnaissait aucun droit; on a de la peine à le regarder comme ami, mais les relations tous les jours plus fréquentes entre les peuples font tom-

ber des préjugés qui datent d'une époque de barbarie, ils finiront par disparaître tout à fait, et alors la résidence cessera d'être une condition de la naturalisation. Les auteurs de la loi française de 1867 appellent la résidence une *épreuve* ou un *stage;* limitée à cinq ans par l'Assemblée Constituante (1), étendue à sept ans par la constitution du 5 fructidor an III, la durée de la résidence fut portée à dix années par la constitution du 22 frimaire an VIII. La loi du 3 décembre 1849 maintint ce terme; le législateur de 1867 le trouva excessif et le réduisit à trois ans. L'exposé des motifs cherche à expliquer ces variations successives qui, à chaque nouvelle constitution, devenaient plus sévères. « Le dernier état de la législation, dit-on, qui a porté et maintenu le délai à sa limite extrême, est l'expression d'un sentiment de *réserve* et de prudence qu'a imposé à la France, dès l'an VIII et pendant toute la durée du premier Empire, l'état de ses relations avec l'Europe. On ne pouvait alors exiger des gages trop sérieux et de trop longues épreuves de ceux qui, pour devenir Français, se séparaient d'une nation en armes contre la France. » On se demande ce que la France de Napoléon avait à craindre de quelques étrangers naturalisés qui, par cela même qu'ils abandonnaient un Etat en guerre contre la France, témoignaient de leur vive affection pour la nation française. Ne serait-ce pas plutôt l'hostilité contre l'étranger et l'orgueil de la grande nation qui expliquent les exigences croissantes qu'elle mettait à adopter des étrangers? L'exposé des motifs de la loi de 1867 constate que la défiance n'existe plus, que les relations internationales s'inspirent d'un sentiment plus large et plus sympathique. Un délai de trois ans a paru répondre aux exigences d'une épreuve concluante et sérieuse; il permet de réunir les éléments d'une enquête administrative complète; ce qui veut dire qu'une surveillance de trois ans fera connaître si l'étranger est digne d'être naturalisé. Encore la résidence de trois ans peut-elle être réduite à une année, en faveur des étrangers qui

(1) Décret, du 30 avril 1790, et Constitution du 3 septembre 1791.

rendent à la France des services importants, qui auront introduit en France, soit une industrie, soit des inventions utiles, qui y auront apporté des talents distingués, qui y auront formé de grands établissements ou créé de grandes exploitations agricoles. Cette disposition exceptionnelle a un tout autre caractère que la naturalisation : c'est une récompense, et non une faveur (1).

Aux Etats-Unis, la durée de la résidence a également varié. La première loi, celle de 1790, n'exigeait que deux années de résidence; en 1795, la durée fut portée à cinq ans et, en 1798, à quatorze ans. Kent, qui signale ces variations, ne nous apprend pas pourquoi, dans un si court espace de temps, on passa de cinq ans à quatorze ans. Cette rigueur ne dura pas longtemps; dès 1802, la résidence fut réduite à cinq ans. Cette mobilité presque subite fait supposer que des causes accidentelles ont engagé le législateur à augmenter ses exigences, peut-être un flot d'Irlandais, très mal préparés à la pratique de la liberté. On conçoit que, pour des immigrations qui se font en masse, il faille des garanties pour empêcher l'invasion d'un élément inculte et dangereux par son ignorance et son fanatisme. Kent trouve qu'une résidence de cinq ans est suffisante pour faire l'éducation des immigrants (2).

En Angleterre on n'exigeait pas jadis une résidence comme condition de la naturalisation, mais les effets étaient subordonnés à la résidence, de sorte que, cessant de résider, le naturalisé cessait d'être Anglais (3). Cela tient à un système tout particulier; la naturalisation anglaise n'assimile pas l'étranger à l'indigène; je reviendrai plus loin sur cette particularité qui tenait à l'orgueil anglais; la *common law* ne reconnaissait que des Anglais naturels, nés sur le sol de l'Angleterre; la fiction de la naturalisation ne pouvait pas remplacer la naissance. C'est ne tenir aucun compte de la volonté et de la liberté humaines,

(1) *Exposé des motifs de la loi de* 1867, n°s 4 et 7 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1867, 4, 70).
(2) Kent, *Commentaries on american law*, t. II, p. 78.
(3) Lawrence, *Commentaire* sur Wheaton, t. III, p. 207.

la nationalité devient un fait fatal : le hasard de la naissance imprime la qualité d'Anglais à l'enfant d'un étranger qui naît fortuitement en Angleterre, tandis que la volonté humaine est impuissante à créer un Anglais, Il y a sans doute quelque chose de factice dans la naturalisation; on peut dire que les nations sont de Dieu, et que Dieu seul, par le fait providentiel de la naissance, nous imprime la nationalité de la famille et de la patrie au sein desquelles il nous fait naître. Mais Dieu nous donne aussi la liberté, il ne nous attache pas au sol comme une plante. L'histoire est la manifestation de ses desseins : voyez ce qu'étaient les colonies américaines tant que le lien de l'allégeance les retenait sous le joug de la mère patrie, et ce que la jeune république est devenue en moins d'un siècle de liberté. L'Angleterre a fini par déclarer dissoluble le lien de la naissance, et par cela même elle a dû accepter la liberté et la volonté de l'homme dans l'œuvre de la naturalisation. Mais on sait que le législateur anglais ne procède jamais par principes, pas plus que les jurisconsultes anglais : tout en admettant la naturalisation volontaire, tout en la subordonnant à la condition de résidence, il n'assimile pas complètement les naturalisés aux naturels anglais. Je reviendrai sur ces inconséquences, qui créent de nouvelles difficultés.

La tendance qui porte le législateur à diminuer la durée de la résidence que l'on exige de l'étranger, pour le naturaliser, existe aussi dans les Etats de l'Amérique espagnole. Au Brésil, la loi prescrivait quatre années de résidence, elle voulait de plus une déclaration de catholicité, la possession d'un immeuble, ou l'exercice d'une profession, une industrie, un commerce. C'était un mélange de principes contraires. La résidence a été réduite à deux ans, et l'on a admis les hommes distingués par leur talent, ceux qui ont bien mérité de l'Etat, ceux qui ont épousé une Brésilienne, ou adopté un Brésilien, à acquérir la nationalité brésilienne par une simple déclaration de volonté. Dans la Confédération argentine, les étrangers obtiennent la naturalisation par une résidence de deux années; ce terme peut être abrégé par le gouver-

nement en faveur de ceux qui ont rendu des services à la république (1).

203. La résidence n'est pas exigée par toutes les législations, ce qui prouve que la condition n'est pas essentielle. En Prusse, on ne demande rien que la justification d'une bonne conduite et de moyens d'existence (2). En principe, cela est très rationnel; mais dans l'application il se présente une difficulté : comment justifiera-t-on d'une bonne conduite? On sait ce que valent les certificats de bonnes mœurs. La loi ne ferait-elle pas mieux d'établir une présomption de moralité, en établissant comme condition le mariage? Il est certain que le mariage est la base de la moralité, en même temps qu'il est une garantie de stabilité. Il faudrait cependant admettre une exception : on ne peut pas exclure systématiquement tous ceux qui ne sont pas mariés. Il y a des célibataires par religion, ce sont les moines; ils s'excluent eux-mêmes, leur patrie n'est point de ce monde; il faut les laisser au ciel, où ils font leur résidence. Parlons sérieusement. Le célibat forcé, par suite d'un vœu, est un danger permanent d'immoralité; l'on n'a qu'à consulter les annales de la justice criminelle pour apprendre ce que sont en réalité ces hommes que l'on comparait jadis aux anges et aux archanges : des monstres d'impureté. Laissons là ces malheureuses victimes du fanatisme religieux, il n'y a qu'un moyen de leur rendre une patrie, c'est de dissoudre les couvents. Quant aux célibataires civils, ils sont rares, et c'est par exception qu'on les admettrait à la naturalisation. Toutefois ce système de règles et d'exceptions est rempli d'inconvénients : qui sera juge de l'exception? L'examen des conditions exigées pour la naturalisation conduit à cette conséquence qu'il n'en faut prescrire aucune. Il y a des législations qui accordent la naturalisation à celui qui épouse une femme indigène (3). Pourquoi une femme indigène plutôt qu'une femme étrangère? Je suppose que le législateur n'a pas

(1) Lawrence, *Commentaire* sur Wheaton, t. III, p. 223 et 224.
(2) Loi du 31 décembre 1842. Lawrence, *Commentaire* sur Wheaton, t. III, p. 219.
(3) Lawrence, *Commentaire* sur Wheaton, t. III, p. 226 et suiv.

l'intention de procurer des maris aux femmes indigènes. Dès lors, peu importe à quelle nation appartient la femme que l'étranger épouse ; la garantie de moralité et de stabilité est toujours la même. Mais aussi, il serait difficile d'admettre le mariage comme condition absolue, et également difficile de formuler l'exception pour les célibataires.

Ma conclusion est que le système de naturalisation générale est préférable, et que, dans ce système, il ne faut exiger aucune condition. La naturalisation est un droit pour ceux qui s'expatrient ; en perdant leur ancienne patrie, ils doivent en acquérir une nouvelle, laquelle peut même leur être imposée, en ce sens qu'ils acquièrent de droit la nationalité du pays où ils s'établissent. Il n'y aurait qu'à constater le fait de l'expatriation, et comme il peut laisser quelque doute, la loi permettrait à l'étranger naturalisé de droit, de faire, dans un certain délai, une déclaration d'extranéité. Ce système aurait le grand avantage d'empêcher que ceux qui s'expatrient ne perdent leur nationalité d'origine sans en acquérir une nouvelle, et seraient ainsi sans patrie. Le fait de la perte et le fait de l'acquisition coïncideraient.

204. Comment la nationalité s'accorde-t-elle? Dans le système de la naturalisation générale, il n'y a pas de demande ni de concession proprement dites ; c'est la loi qui naturalise de plein droit l'étranger expatrié, il suffit qu'il fasse une déclaration par laquelle il manifeste la volonté de se fixer dans le pays où il s'établit. Aux Etats-Unis, c'est la prestation de serment qui tient lieu de déclaration d'intention. Il est bon que la loi prescrive une formalité quelconque qui précise le moment où le changement de nationalité s'opère; cela prévient les procès auxquels donne lieu la nationalité de ceux qui s'expatrient.

Dans le système de la naturalisation individuelle et de faveur, les formalités sont plus nombreuses. Elles varient naturellement d'un pays à l'autre. La législation belge est la plus sévère, peut-être aussi la plus logique, mais la logique témoigne contre le principe : il faut une loi pour donner la qualité de Belge à chaque étranger qui la sollicite. Si la naturalisation est la plus grande de toutes les

faveurs, et s'il y a lieu de craindre qu'elle ne soit accordée à des étrangers qui n'en seraient pas dignes, le mieux est de faire intervenir le pouvoir législatif que l'on ne saurait soupçonner de favoritisme. A vrai dire, ce que l'on appelle le bienfait de la naturalisation profite à l'Etat pour le moins autant qu'à l'étranger naturalisé. La naturalisation augmente le capital intellectuel de la nation : faut-il pour cela une loi?

En France, où le pouvoir exécutif joue un grand rôle, la naturalisation est accordée par le chef de l'Etat, sous forme de décret, le conseil d'Etat entendu, et après une enquête administrative, qui doit constater la dignité de l'étranger. Le système est déjà plus simple; au lieu de faire intervenir les trois branches du pouvoir législatif, on s'en rapporte au chef du pouvoir exécutif.

En Angleterre, on se contente de moins. La condition essentielle de la naturalisation consiste dans une résidence de cinq ans; l'étranger qui veut l'obtenir s'adresse à un des principaux secrétaires d'Etat, qui lui délivre un certificat de naturalisation. Il est dit, dans l'acte, que le secrétaire d'Etat peut accorder ou refuser le certificat, selon qu'il le trouvera bon dans l'intérêt public, ce qui suppose une enquête préalable, comme en France. La décision est sans appel. La naturalisation n'a d'effet qu'après que l'étranger a prêté le serment d'allégeance (1).

En Prusse, les formalités sont plus simples encore. La loi du 31 décembre 1842 donne aux régences provinciales le pouvoir de naturaliser les étrangers qui justifient d'une bonne conduite et de moyens d'existence (2). Cela est plus logique que les systèmes que je viens d'exposer. S'il faut une enquête pour s'assurer de la dignité de l'étranger qui demande la naturalisation, ce n'est pas le pouvoir central qui est compétent : comment un secrétaire d'Etat, dans l'empire britannique, ou le chef de l'Etat en France, peuvent-ils s'assurer de la dignité de l'étranger? Nécessairement l'information se fait par les autorités locales ; dès

(1) Lawrence, *Commentaire* sur Wheaton, t. III, p 233.
(2) Lawrence, *Commentaire* sur Wheaton, t. III, p. 219.

lors il est naturel de leur donner le pouvoir de naturalisation.

205. Quelles que soient les formalités prescrites par la loi, la naturalisation individuelle est toujours un acte solennel. C'est une concession qui ne peut être faite que par l'autorité à laquelle la loi donne ce pouvoir et dans les formes qu'elle détermine. Il peut même y avoir des formalités dans le système de la naturalisation générale : tel est le serment civique ou le serment d'allégeance. Il est de principe que l'acte solennel n'existe et ne produit d'effet que si les solennités légales ont été observées. Ce principe reçoit son application à la naturalisation.

206. D'abord il ne peut pas s'agir d'équipollents en cette matière. On a essayé de soutenir l'équipollence devant les tribunaux; elle a été repoussée, et elle devait l'être, il n'y a pas même d'équipollence pour les actes solennels qui sont d'intérêt privé; à plus forte raison ne peut-il pas y en avoir dans une matière qui est d'intérêt général et qui touche à l'exercice de la souveraineté. Qui pourrait songer à remplacer en Belgique l'intervention du pouvoir législatif par celle du roi? Cela n'aurait pas de sens. Or, quelles que soient les solennités, le droit public est toujours en cause; ce qui exclut toute équipollence de formes. Dans une espèce qui s'est présentée et qui a donné lieu à de longs procès, on prétendait qu'un Bavarois avait été naturalisé virtuellement parce qu'il avait été admis à exercer en France des droits qui sont légalement attachés à la qualité de Français, tels que le droit électoral; la cour de Bordeaux a décidé que l'acte de naturalisation ne saurait être remplacé par des équipollents (1).

207. Il y a une solennité très importante qui est prescrite dans l'intérêt des tiers, c'est la publicité. Tout changement d'état devrait être rendu public, et avant tout, le changement de nationalité qui a pour conséquence que le statut attaché à la patrie d'origine est remplacé par le statut de la patrie d'adoption. Quand la naturalisation se fait par une loi ou par un décret, la publicité est de droit,

(1) Bordeaux, 24 mai 1876 (Dalloz, 1878, 2, 79).

puisque les lois et les décrets doivent être publiés. Il a été jugé qu'un décret de naturalisation n'avait d'effet que du jour de son insertion au Bulletin des lois; dans l'espèce, cette publication n'avait été faite qu'après la mort de l'étranger naturalisé : il en résultait que la naturalisation ne pouvait plus avoir d'effet (1). Là où la naturalisation se fait par le simple acte d'un secrétaire d'Etat ou par une régence provinciale, la publication légale n'est plus requise. A plus forte raison en est-il ainsi quand la naturalisation se constate par une prestation de serment ou une déclaration d'intention. Il serait bon d'ordonner la tenue d'un registre de naturalisation, où l'on inscrirait non seulement les naturalisations proprement dites, mais toute déclaration, soit d'indigénat, soit d'extranéité : Telles seraient, par exemple, les déclarations faites en vertu des articles 9 et 10 du code Napoléon par les enfants nés d'un étranger en Belgique ou par les enfants nés d'un Français qui a perdu sa nationalité; telles seraient encore les déclarations faites par les Français qui recouvrent la nationalité qu'ils avaient perdue (C. Nap., art. 18 et 19). Les naturalisations générales devraient également être constatées et rendues publiques par l'inscription sur le registre que je propose d'établir. On y trouverait les noms de tous ceux qui sont Français (ou Belges) d'adoption.

Il y a encore une remarque à faire dans l'intérêt des étrangers qui demandent la naturalisation en Belgique. Il ne suffit point qu'elle soit accordée par les chambres et sanctionnée par le roi, il faut encore qu'elle soit acceptée, et ce n'est qu'après cette acceptation qu'elle est insérée au *Bulletin*, remplacé aujourd'hui par le *Moniteur*. N'est-ce pas trop de formalisme? On dit que la naturalisation impose des obligations à l'étranger, puisqu'il sera soumis aux charges des citoyens belges; on en conclut que le législateur devait exiger une déclaration expresse de volonté. C'est donc dans l'intérêt de l'étranger que l'on exige son acceptation. Ne tournera-t-elle pas contre lui? Il peut ignorer qu'il faille une acceptation, il peut l'oublier et il

(1) Paris, 19 février 1877 (Dalloz, 1877, 2, 68).

en résultera qu'il ne profitera pas de la faveur qu'il a obtenue. Peut-il y avoir un doute sur son acceptation, alors que lui-même a demandé par un acte solennel la naturalisation qui lui a été accordée?

Nº 4. EFFETS DE LA NATURALISATION.

I. *Changement de patrie.*

208. Le code Napoléon dit que la qualité de Français se perd par la naturalisation acquise en pays étranger (art. 17). Rien ne paraît plus simple que ce principe : personne ne peut avoir plus d'une patrie, donc celui qui acquiert une patrie nouvelle doit perdre sa patrie d'origine. Toutefois la règle donne lieu à bien des difficultés. Elle suppose que la naturalisation entraîne un changement de nationalité; elle n'est donc pas applicable lorsque la concession faite à l'étranger ne lui donne pas une patrie nouvelle. Cela est quelquefois très douteux. En Angleterre il y a une espèce de naturalisation qui s'accorde par des *lettres de dénization;* à s'en tenir aux termes de ces lettres, on pourrait croire que le *dénizen* est naturalisé; en effet, elles portent que « l'impétrant sera désormais réputé et tenu en toutes choses pour naturel anglais et pour féal et homme lige, comme s'il était natif du pays. » Dans un procès qui a donné lieu à de longs débats, la cour de Rouen avait jugé que le Français devenait Anglais par l'effet des lettres de dénization. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de cassation. La naturalisation, dit la cour, n'est acquise en Angleterre que par acte du parlement; tandis que la dénization se donne par simples lettres royaux. Les deux actes n'ont pas le même effet : Blackstone dit que le dénizen tient le milieu entre le naturalisé et le sujet, il jouit de certains droits que les étrangers n'ont point, mais il n'a pas tous les droits du citoyen anglais, donc il n'est pas Anglais. L'affaire fut renvoyée devant la cour de Paris; là le défendeur, Anglais, produisit une lettre du procureur général et du solliciteur général, auxquels l'ambassadeur d'Angleterre à

Paris avait renvoyé la partie intéressée comme étant des autorités compétentes dans la matière. On lit dans leur réponse : « Un *dénizen* devient *sujet britannique* dans *toute l'étendue de ce terme*. Il est classé au nombre de ceux-ci et devient nécessairement un membre de la nation britannique, quoiqu'il ne puisse prétendre à tous les privilèges d'un *sujet naturel* et *né tel*. » Malgré cet acte de notoriété, la cour de Paris jugea, en séance solennelle, que la dénization était une grâce limitée qui relevait seulement l'étranger de certaines incapacités, et lui accordait la jouissance de certains droits civils. Il y a un arrêt en ce sens du parlement de Normandie du 8 août 1647 (1). S'il en est ainsi, on devrait mettre plus de précision dans le langage et ne pas dire, comme le font les lettres de dénization, que le *dénizen* sera réputé en *toutes choses* pour *naturel anglais*.

Si le langage est incorrect, c'est, comme d'habitude, parce que les idées sont vagues et n'ont pas la clarté que doivent avoir les principes de droit. Nous avons entendu lord Brougham soutenir qu'il pouvait être tout ensemble Anglais en Angleterre en vertu de sa naissance, et Français en France en vertu de la naturalisation qu'il sollicitait. Il avait cependant pris une part très grande à l'acte de naturalisation de 1844. Il est très difficile de se prononcer sur la valeur des actes de dénization ou de naturalisation accordés en Angleterre. En France, on juge que le certificat de naturalisation, délivré par le secrétaire d'Etat en vertu de l'acte du 6 août 1844, a remplacé les lettres de *dénization*, et que, par suite, cette espèce de naturalisation ne fait pas perdre la qualité de Français; bien que le naturalisé prête le serment d'allégeance (2). Et l'acte de 1870 n'a apporté aucun changement à cet état de choses. Il est certain que le naturalisé n'a pas en Angleterre les droits de l'Anglais naturel. La cour de cassation de France énumère quelques-unes des différences qui les séparent. D'abord le naturalisé ne peut

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Dénization*. Comparez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 483, n° 377.
(2) Paris, 27 juillet 1859 (Dalloz, 1859, 2, 179).

être membre du conseil privé ou de l'une des deux chambres du Parlement; il ne jouit pas, en dehors et au delà des domaines de la couronne d'Angleterre, des droits et facultés d'un sujet Anglais de naissance; enfin, pour jouir des droits limités que lui donne le certificat de naturalisation, il doit avoir une résidence permanente dans le Royaume-Uni, de sorte qu'une absence prolongée pendant six mois suffit pour faire cesser d'une manière absolue les droits que confère la naturalisation (1). Cependant l'acte de 1870 porte que tout étranger auquel un certificat de naturalisation sera accordé jouira, dans le Royaume-Uni, de tous les droits politiques et autres, de tous les pouvoirs et priviléges, et sera soumis à toutes les obligations dont un sujet naturel Anglais jouit et auxquelles il est sujet dans le Royaume-Uni (2). Malgré ces termes explicites, je n'oserais pas assurer que le naturalisé est Anglais.

Ces difficultés viennent de ce que le législateur a de la peine à admettre l'assimilation complète de l'étranger et de l'indigène; c'est un dernier débris de l'antique défiance que les peuples témoignaient à l'étranger, dans lequel ils voyaient un ennemi. Je regrette que les auteurs de la Constitution belge, du reste si libérale pour l'étranger, se soient laissés aller à cette défiance en disposant que la grande naturalisation assimile l'étranger au Belge. Il en résulte que l'on ne sait pas trop quelle est la condition de l'étranger qui obtient la naturalisation ordinaire : est-il Belge ou non? En Belgique on dit qu'il est Belge; en France on peut dire : Non, car il ne jouit pas de tous les droits des Belges; partant, le Français qui se fera naturaliser en Belgique ne perdra pas sa qualité de Français, il sera Français en France et Belge en Belgique. Ces demi-principes et ces demi-vérités sont contraires à l'essence du droit : on est Belge ou on ne l'est point, la patrie et la nationalité ne se scindent point.

209. L'étranger naturalisé jouit, en principe, des

(1) Rejet de la chambre civile du 16 février 1875 (Dalloz, 1876, 1, 49). Comparez Lawrence, sur Wheaton, t. III, p. 206 et 207.
(2) Lawrence, *Commentaire* sur Wheaton, t. III, p. 233.

mêmes droits que les naturels du pays et il est tenu des mêmes obligations. En théorie, cela est d'évidence si on laisse de côté les difficultés qui naissent de la naturalisation incomplète. Mais alors même qu'elle est complète, elle a donné lieu à bien des débats. Je commence par les conséquences politiques de la naturalisation. Les citoyens naturels sont protégés dans les pays étrangers où ils résident, ou qu'ils traversent comme voyageurs. C'est un des bienfaits de la communauté de droit qui commence à s'établir entre les nations. On demande si l'étranger naturalisé peut invoquer la protection de l'Etat qui l'a adopté? S'il conserve sa qualité de naturalisé, la décision n'est pas douteuse; il est assimilé aux naturels, donc il a le droit d'invoquer la protection de sa patrie adoptive. Mais sur ce point déjà il y a quelque doute, si le naturalisé revient dans sa patrie d'origine. La difficulté tient à l'obligation du service militaire; j'y reviendrai.

Il se présentait encore une autre difficulté, tant que le principe de l'allégeance perpétuelle était admis en Angleterre. L'Anglais naturalisé aux Etats-Unis peut-il invoquer la protection de sa nouvelle patrie dans un pays qui appartient à l'empire britannique? Il y était considéré comme Anglais et sujet aux lois anglaises, ce qui semblait exclure toute intervention des Etats-Unis en sa faveur. Le bill passé en 1868 par le Congrès de Washington déclare que l'émigration est un droit naturel de l'homme; il repousse la prétention de l'allégeance, en vertu de laquelle les émigrants devenus citoyens américains, ainsi que leurs descendants, restaient sujets de l'Etat où ils étaient nés. En conséquence le bill dispose que « tous les citoyens naturalisés des Etats-Unis devront recevoir, lorsqu'ils se trouveront en pays étranger, la même protection dans leur personne et leurs biens que celle que l'on accorde à des citoyens de naissance placés dans les mêmes circonstances. Toutes les fois qu'il sera dûment porté à la connaissance du président qu'un citoyen quelconque des Etats-Unis a été injustement privé de sa liberté par un gouvernement étranger, il sera du devoir du président de demander de ce gouvernement les raisons qui ont motivé l'emprisonnement, et si

ces raisons lui paraissent injustes et une violation des droits de citoyen américain, il devra immédiatement réclamer la liberté du citoyen emprisonné. En cas de refus ou de délai injustifiable, le président devra user de tous les moyens, hormis le recours à la guerre, qu'il croira nécessaires ou convenables pour obtenir ou effectuer cette mise en liberté, et il devra donner avis, dans le plus bref délai possible, au Congrès de tous les faits relatifs à cette affaire (1). »

210. Le bill de protection des naturalisés ne mit pas fin aux conflits. Au moment où il fut porté, des contestations existaient entre les Etats-Unis et la Prusse, au sujet du service militaire auquel les émigrants prussiens étaient tenus dans leur patrie d'origine. C'est, d'ordinaire, à l'occasion de ce service que les naturalisés invoquaient l'intervention des Etats-Unis pour les protéger contre les mesures que l'on prenait à leur égard dans leur ancienne patrie. Jusqu'où s'étendait, dans ce cas, le devoir de protection? La solution de la difficulté dépend de la question de savoir quels sont les droits des émigrants, et quelles sont les obligations auxquelles ils restent soumis envers la patrie qu'ils abandonnent.

La patrie ne donne pas seulement des droits, elle impose aussi des devoirs. Sur ce point, il ne saurait y avoir un doute. Que deviennent ces devoirs quand le citoyen émigre? Il est certain que le seul fait d'abandonner sa patrie pour s'établir dans un pays étranger ne dégage pas le citoyen de ses obligations; il faut voir s'il s'établit avec ou sans esprit de retour; ceux qui conservent l'esprit de retour restent sujets de leur patrie d'origine; et, par conséquent, tenus des devoirs qui incombent aux citoyens. Or, l'on a constaté un fait très remarquable, c'est que la plupart des Italiens qui émigrent dans l'Amérique méridionale ou dans les Etats-Unis y vont avec l'esprit de retour dans leur beau pays natal. Ce ne sont pas là des émigrants proprement dits, les femmes et les enfants res-

(1) *United States, statutes at large*, 1867-1868, p. 224. Je cite la traduction de Lawrence sur Wheaton, t. III, p. 239 et 240.

tent d'ordinaire en Italie et les hommes reviennent après un séjour plus ou moins long dans le Nouveau Monde (1). Il en est autrement des émigrants allemands : nous les voyons arriver à Anvers avec femmes et enfants; ils vont chercher une nouvelle patrie, dans la grande république, qui attire les uns par l'attrait de la liberté, les autres par la perspective de devenir propriétaires. On demande si ces émigrants sont, par le fait de leur expatriation, affranchis de tout devoir envers leur ancienne patrie, et notamment du service militaire.

En théorie, au point de vue du droit pur, il faut répondre affirmativement. La patrie impose sans doute des obligations, mais ces devoirs ne sont pas perpétuels. Si l'on admet que l'émigration est un droit, il faut aussi en admettre les conséquences. J'abdique ma patrie en émigrant, je ne lui demande plus rien, je n'y ai plus aucun droit, je deviens pour elle un étranger : si je suis assimilé aux étrangers pour les droits, je dois leur être assimilé également pour les obligations : n'ayant pas de droit, je n'ai plus de devoir. L'opinion contraire a régné en Angleterre jusqu'à nos jours; l'allégeance du sujet envers son roi étant perpétuelle, il ne pouvait se dégager de ce lien de sujétion qu'avec le consentement du suzerain. Cette prétention est abandonnée. Il faut donc se placer sur le terrain de la théorie. Les obligations et les droits sont corrélatifs; là où il n'y a plus de droits, il ne saurait y avoir d'obligations. Toutefois les lois ou les traités devraient faire une réserve et veiller à ce que les liens de la patrie d'origine ne soient rompus que lorsque l'émigrant a acquis une nouvelle patrie. Le fait de l'émigration ne suffit point ; presque partout il faut une résidence plus ou moins longue pour obtenir la naturalisation : pendant cette espèce de stage, quelle sera la condition de l'immigrant? D'après le droit français, il perdra sa qualité de Français pour s'être établi en pays étranger sans esprit de retour, et il ne sera pas devenu citoyen de l'Etat où il

(1) Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 102, suiv., donne des détails très intéressants sur l'émigration italienne.

s'établit, il sera donc sans patrie, et il pourra être tenté de rester dans cette situation afin d'échapper partout aux charges que la nationalité impose. Il y a là une situation anomale et un danger sur lesquels nous appelons l'attention du législateur. La France s'en est préoccupée, j'ai exposé ici même les principes de la loi de 1851 (n° 115); et le projet de revision du code civil décidera également ces difficiles questions.

Je suppose que la naturalisation soit acquise à l'émigrant. En droit strict, il cesse, du jour même où il l'a obtenue, d'être sujet de son ancienne patrie ; celle-ci n'a plus aucun droit sur lui, elle ne peut réclamer le service militaire de celui qui est devenu étranger. Cela a été jugé ainsi en France. Il s'agissait d'un Français qui avait été naturalisé aux Etats-Unis; on voulut le soumettre au recrutement; il opposa sa naturalisation, l'exception fut admise par le tribunal de Wissenbourg, sans qu'il y eût appel. Le ci-devant Français étant citoyen des Etats-Unis avait perdu sa qualité de Français, aux termes de l'article 17 du code Napoléon; donc il ne pouvait plus être tenu au service militaire (1).

Dans l'espèce, il n'y avait pas de doute; le Français avait perdu sa nationalité au moment où l'on procédait à l'opération du recrutement. Faudrait-il appliquer le même principe dans le cas où le citoyen qui s'expatrie était déjà désigné par le sort pour le service militaire? Pourrait-il, en émigrant, se soustraire au recrutement? Si l'on ne considère que le droit absolu d'émigrer, on devrait se prononcer en faveur du Français qui abdique sa patrie. D'après le code civil, il n'est pas même nécessaire qu'il soit naturalisé pour cesser d'être Français; il perd sa nationalité par cela seul qu'il s'établit en pays étranger sans esprit de retour; or, cessant d'être Français, il cesse d'être tenu au service militaire. Il y a cependant un motif de douter. Si l'on considère le droit d'émigration comme absolu, on aboutit à des conséquences que le bon sens repousse. Je suis milicien, appelé au service, sous les

(1) Lawrence, *Commentaire* sur Wheaton, t. III, p. 262.

armes. Il me plaît de me faire naturaliser en pays étranger, je puis obtenir la naturalisation en quelques jours, sans me déplacer, dans un canton suisse. Me voilà devenu étranger : puis-je quitter le service militaire en disant que je suis devenu citoyen suisse, étranger, et que les étrangers ne sont pas soumis au recrutement? Je doute qu'il se trouve un gouvernement qui acceptât une pareille doctrine. Dès qu'une obligation est née, elle doit être remplie. Que deviendrait le service militaire, la défense de la patrie, si les miliciens pouvaient d'un jour à l'autre quitter leurs rangs pour aller s'établir dans une nouvelle patrie? Il y a des lois qui soumettent l'émigration à la condition que l'émigrant paye ses dettes. Celui-ci a aussi une dette envers sa patrie, du moment qu'il est appelé au service militaire; il doit acquitter cette dette avant qu'il puisse user de son droit d'émigrer.

Reste à savoir quand il y a dette ou obligation à charge du citoyen qui veut émigrer. Ne pourrait-on pas dire que cette obligation naît avec lui, obligation éventuelle là où le recrutement se fait par un tirage au sort, obligation certaine là où tout homme est soldat? Le devoir du citoyen, ainsi entendu, neutraliserait le droit d'émigration, d'abord jusqu'à ce que le service militaire fût rempli. Ensuite la patrie viendrait réclamer le service dans la garde nationale ou dans la garde civique, et dans la réserve. La patrie pourrait dire encore que le citoyen lui doit ses bras, son travail, son intelligence, son dévouement; ce qui aboutirait à la doctrine anglaise de l'allégeance perpétuelle, laquelle est abandonnée aujourd'hui même par l'Angleterre. On voit qu'il n'y a rien d'absolu en cette matière : le droit doit se concilier avec le devoir, et la conciliation n'est pas facile. Il faut écarter les prétentions qui anéantiraient le droit : tel serait le devoir du service militaire à quelque titre que ce soit, qui naîtrait avec le citoyen et ne cesserait qu'avec sa mort. Il faut écarter encore le devoir moral qui nous astreint à consacrer notre existence à la patrie. C'est précisément ce lien moral que l'émigrant veut briser et qu'il a le droit de rompre. Il ne reste d'autres obligations que celles qui

sont nées au moment où le citoyen veut émigrer. S'il était tenu à une contribution personnelle, il devrait la payer pour toute l'année, même après que l'expatriation serait consommée. Il en est de même du service militaire qui peut se prolonger pendant plusieurs années; sauf au législateur à déterminer une limite qui concilie le droit avec l'obligation.

211. Le droit d'émigration reçoit encore une restriction qui découle du droit commun, c'est que la naturalisation doit se faire de bonne foi : la fraude, dit un vieil adage, corrompt tous les actes. Quand un débiteur fait un acte en fraude des droits de ses créanciers, ceux-ci peuvent l'attaquer; le citoyen qui change de patrie est aussi un débiteur, il ne peut frauder les droits de sa patrie par une naturalisation qui n'aurait d'autre objet que de se soustraire à ses obligations, sans que, du reste, le prétendu naturalisé songeât à changer sérieusement de patrie. Vainement objecterait-on que le citoyen qui se fait naturaliser en pays étranger use d'un droit, et que celui qui use de son droit ne peut pas être accusé de frauder les lois de la patrie qu'il abdique. J'ai déjà rencontré cette objection dans la matière du droit civil international, et j'ai cru devoir repousser une doctrine qui prête la main à fraude (1). On nie qu'il y ait fraude. Dans l'espèce, elle est patente et elle a été dénoncée officiellement au Congrès de Washington par le président des Etats-Unis, Lincoln.

« Il y a lieu de croire, dit le Message, que les étrangers deviennent *fréquemment* citoyens des Etats-Unis, dans le *seul but* d'échapper aux devoirs que leur imposent les lois de leur pays natal, dans lequel ils rentrent après avoir été naturalisés; et là, *bien qu'ils ne retournent jamais aux Etats-Unis,* ils réclament la protection des Etats-Unis. Il résulte de cet *abus* de grands préjudices et de graves altercations. Aussi est-il soumis à votre sérieuse considération. Il peut être convenable de fixer une limite au delà de laquelle nul citoyen des Etats-

(1) Voyez le tome II de ces Études, p. 540, n° 298.

Unis, résidant à l'étranger, ne pourra réclamer l'intervention de son gouvernement (1). »

Écoutons encore les plaintes que le ministre des affaires étrangères des Etats-Unis adresse à l'ambassadeur américain à Berlin : « Nous sommes devenus moins chatouilleux sur ce sujet depuis que nous avons vu d'*indignes citoyens naturalisés fuir* pour *échapper aux obligations militaires de leur patrie d'adoption*, et, après s'être mis à l'abri de ces obligations dans leur pays natal, demander avec importunité au gouvernement des Etats-Unis de les faire exempter du service militaire que l'on exige d'eux (2). »

Voilà la fraude évidente, la fraude poussée jusqu'à l'infamie! Des Allemands vont se faire naturaliser aux Etats-Unis, uniquement pour échapper au service militaire en Prusse. Est-ce user de leur droit? Je réponds sans hésiter qu'ils useraient de leur droit s'ils s'expatriaient de bonne foi. C'est un état contre nature que celui où se trouve la vieille Europe, par suite d'une paix armée, où l'on a sur pied des millions de soldats, enlevés à l'agriculture, à l'industrie, au commerce, aux travaux intellectuels. Cette situation, avec les charges qu'elle entraîne, peut être profondément antipathique aux hommes qui croient que le but de notre vie est le développement pacifique de nos facultés; ils peuvent abandonner sérieusement et de bonne foi une société qui contrarie leurs aspirations. Ceux-là usent de leur droit en s'expatriant, et on ne peut pas leur reprocher qu'ils cherchent à échapper au service militaire : c'est leur droit, pourvu que leur expatriation soit réelle. Mais que dire de ceux qui demandent la naturalisation aux Etats-Unis, non pour devenir citoyens américains, mais pour ne pas remplir leurs obligations de citoyens allemands? Sont-ils allés chercher aux Etats-Unis la liberté? Une guerre éclate, c'est la guerre de la liberté contre l'esclavage. Nos Allemands naturalisés vont sans doute s'enrôler dans l'armée de la liberté pour combattre

(1) Message du président Lincoln, de décembre 1863 (Lawrence, sur Wheaton, t. III, p. 254).
(2) Lettre de Seward à Wright, du 2 décembre 1865 (Lawrence sur Wheaton, t. III, p. 254).

l'armée de la servitude? Non, ils fuient, les lâches, et ils rentrent en Prusse. Là on met la main sur eux pour les enrôler. Vite ils réclament leur qualité d'Américain et ils sollicitent avec impudence l'intervention de leur patrie adoptive qu'ils ont refusé de servir, afin d'être dispensés de servir aussi leur patrie d'origine. Ces Américains frauduleux ne sont pas des Américains; la Prusse ne doit tenir aucun compte de leur naturalisation, parce qu'elle est frauduleuse. Et le législateur, comme le dit Lincoln, doit prendre en sérieuse considération la fraude pratiquée par ceux qui essayent d'échapper partout aux charges que la patrie impose. J'ai signalé plus d'une fois, dans ces Etudes, la funeste tendance qui porte les hommes à l'indifférentisme politique; l'indifférence religieuse y est sans doute pour quelque chose; quand les hommes perdent la foi, ils rompent le lien qui les attache à Dieu: que leur importe alors le lien qui les attache à la patrie?

212. J'arrive aux démêlés dont parle le président Lincoln dans son message au Congrès. Il y a eu de longues négociations entre les Etats-Unis et la Prusse sur l'obligation du service militaire qui incombe aux émigrants (1). La Prusse est un Etat militaire, on comprend qu'elle tienne avant tout à ce que le service de l'armée ne souffre point par l'émigration. Le ministre des affaires étrangères, baron Manteuffel, écrit au ministre des Etats-Unis à Berlin : « Lorsqu'un individu obtient la naturalisation dans un pays étranger, le gouvernement de son pays de naissance ne peut *jamais* admettre que, par le fait de cet acte, il soit libéré des obligations auxquelles il était tenu avant sa naturalisation. » Le ministre ajoute : « Il s'agit moins pour le gouvernement prussien de ressaisir quelques individus pour les incorporer dans l'armée, que de maintenir le respect dû à la loi et d'en assurer l'exécution. » Il y avait un moyen simple, d'après le ministre prussien, de prévenir toute difficulté, c'était de n'accorder la naturalisation à un Prussien d'origine que s'il présentait une autorisation d'émigrer.

(1) Voyez, sur ces négociations, Lawrence, sur Wheaton, t. 3, p. 255 et suiv.

On voit que la Prusse se plaçait exclusivement sur le terrain des devoirs qui incombent aux sujets; le ministre ne dit pas un mot de leur droit, il le nie plutôt, car il n'admet l'émigration avec toutes ses conséquences que moyennant un permis délivré par le gouvernement. Le respect dû aux lois est sans doute une grave considération, mais pour que les hommes respectent les lois, il faut aussi que les lois respectent leurs droits, sinon ils n'y verront que tyrannie et oppression, et ils chercheront à y échapper dès qu'ils le pourront. Aux Etats-Unis, on ne pouvait pas accepter cette doctrine. J'ai transcrit le beau décret du Congrès de Washington sur le droit d'émigration : c'est un de ces droits naturels auxquels les lois positives ne peuvent pas porter atteinte. Sans doute les citoyens ont des obligations, mais ces devoirs ne sont pas illimités, sinon l'on aboutirait à l'allégeance perpétuelle, ce qui équivaut à la négation de la liberté. Pour concilier le droit avec le devoir, on disait aux Etats-Unis que l'obligation ne prenait naissance que lorsque le citoyen était réellement appelé au service, que jusque-là il était entièrement libre. Cela est admissible, pourvu qu'il y ait bonne foi. La bonne foi ou la fraude sont des questions de fait. Est-ce que les jeunes Francfortois qui, lors de l'annexion de leur patrie à l'Allemagne du Nord, se firent naturaliser Suisses sans quitter Francfort, rien que pour échapper au service militaire en Prusse, étaient de bonne foi? Non certes, et la naturalisation frauduleuse est inopérante. Mais précisément parce que la bonne ou la mauvaise foi sont des points de fait, il est impossible de faire une convention sur ce terrain; dans un traité, il faut une règle générale d'une application facile. Les négociations se terminèrent par une espèce de transaction. Je citerai les dispositions principales du traité intervenu entre les Etats-Unis et la Confédération de l'Allemagne du Nord (1) :

Article 1er. « Les citoyens de la Confédération de l'Allemagne du Nord, qui deviennent naturalisés des Etats-Unis d'Amérique, pourvu qu'ils aient résidé sans inter-

(1) Lawrence, *Commentaire* sur Wheaton, t. III, p. 256-257.

ruption aux Etats-Unis pendant cinq ans, seront reconnus par la Confédération du Nord comme citoyens américains et traités comme tels. » On voit que le traité reproduit la condition essentielle exigée pour la naturalisation aux Etats-Unis, à savoir, une résidence continue pendant cinq ans. C'est sans doute pour prévenir les naturalisations frauduleuses. Le traité ajoute, dans le même but, qu'il ne suffit pas de déclarer l'intention de devenir citoyen pour être naturalisé. Cela est d'évidence; il faut croire qu'il y avait de prétendus émigrants qui se prévalaient d'une déclaration d'intention pour se dire Américains, afin de se soustraire à la charge du service militaire. C'est la confirmation des principes que je viens d'établir : le seul fait d'abandonner sa patrie et de déclarer l'intention de se faire naturaliser n'est pas une naturalisation. Ce fait pourrait cependant, en droit français, entraîner la perte de la nationalité française, puisqu'il implique un établissement à l'étranger sans esprit de retour; mais le Français, tout en perdant sa nationalité d'origine, n'acquerrait pas la nationalité américaine et ne pourrait, par conséquent, pas invoquer la protection du gouvernement des Etats-Unis. Ce point est essentiel; le traité, en déclarant sous quelle condition un Allemand devient Américain, décide par cela même que cet Allemand, naturalisé aux Etats-Unis, sera reconnu comme tel en Allemagne, et pourra réclamer la protection de sa patrie d'adoption contre sa patrie d'origine. La simple expatriation, même sans esprit de retour, ne lui donnerait pas cet avantage.

Article 2. « Un citoyen naturalisé qui retourne dans son pays d'origine reste justiciable des tribunaux de ce pays pour tout fait punissable d'après les lois de sa patrie d'origine et commis avant son émigration, sauf la prescription établie par les lois de son pays. » Cette disposition tranche une difficulté très sérieuse qui se présente en cas de naturalisation. Il faut combiner l'article 2 avec l'article 4, qui est ainsi conçu : « Si un Allemand naturalisé en Amérique recommence à résider dans l'Allemagne du Nord sans avoir l'intention de retourner en Amérique, il sera regardé comme ayant renoncé à sa naturalisation

aux Etats-Unis. » On présume l'intention de ne pas retourner, et, par conséquent, de renoncer quand le naturalisé a résidé pendant deux ans dans sa patrie d'origine.

Quelle est la situation de l'Allemand naturalisé aux Etats-Unis quand il revient en Allemagne? Telle est la difficulté prévue par les articles que je viens de transcrire. Ce cas s'était présenté souvent et avait donné lieu à des conflits. Le Prussien, rentré en Prusse, était traité comme Prussien, soumis au service militaire, puni même pour s'y être soustrait en émigrant sans autorisation. Il réclamait la protection des Etats-Unis : y avait-il droit? Si l'on admet les principes qui régissent la naturalisation, la solution n'est pas douteuse. Le naturalisé qui rentre dans sa patrie d'origine ne perd point par ce fait le bénéfice de sa naturalisation; il n'est pas tenu de résider aux Etats-Unis, pour rester Américain, il peut, comme le citoyen naturel, résider où il veut, même dans son ancienne patrie; mais, dans ce dernier cas, le droit touche à la fraude. Ce n'est pas pour habiter la Prusse que le Prussien se fait naturaliser aux Etats-Unis; si donc, après avoir obtenu la naturalisation en Amérique, il rentre en Prusse, on peut considérer sa naturalisation comme frauduleuse et le gouvernement prussien par suite a le droit de le traiter comme sujet. Wheaton qui, en 1840, était ministre des Etats-Unis à Berlin, répondit à un Prussien naturalisé qui était revenu en Prusse, et qui, soumis au service militaire, réclamait la protection du gouvernement américain : « Il n'est pas en mon pouvoir d'intervenir. Si vous aviez visité tout autre pays que la Prusse pour vos affaires légitimes, vous auriez été protégé par les autorités américaines comme citoyen naturalisé des Etats-Unis. Mais étant retourné dans le pays de votre naissance, votre domicile d'origine et votre caractère national sont rétablis aussi longtemps que vous resterez en Prusse, et vous êtes tenu, sous tous les rapports, d'obéir aux lois prussiennes, tout comme si vous n'aviez jamais émigré (1). »

(1) Lawrence, sur Wheaton, t. III, p. 248. Comparez les instructions de M. Everett, secrétaire d'Etat, au ministre américain à Berlin, du 14 janvier 1853 (*Ibid*, p. 249).

N'est-ce pas aller trop loin? Le naturalisé devient un naturel; s'il rentre en Prusse, il y vient non comme Prussien, mais comme Américain, à moins que sa naturalisation ne soit frauduleuse ou à moins qu'il n'y renonce. Dans l'espèce, le Prussien entendait rester citoyen américain, et on n'alléguait pas de fraude. Toutefois la conduite des Prussiens qui se font naturaliser aux Etats-Unis, puis reviennent se fixer en Prusse, était suspecte. Le traité met fin à ces doutes. Le Prussien qui revient en Prusse et y réside pendant deux ans est censé renoncer à la naturalisation américaine. Quelle en sera la conséquence? Reprendra-t-il sa qualité de Prussien? La décision dépendra des lois prussiennes. En France et en Belgique le simple fait de rentrer dans sa patrie d'origine ne suffit pas pour recouvrer la nationalité, il faut l'autorisation du chef de l'Etat et une déclaration d'intention. Les traités faits par les Etats-Unis présument cette intention, ce qui prévient la fraude. Quant aux délits que le naturalisé pourrait avoir commis avant son émigration, s'il rentre dans sa patrie avant que la prescription soit acquise, il restera naturellement sujet à l'action publique. C'est le droit commun. Le délit dont il est question est la violation des lois militaires; et c'est naturellement la loi prussienne qui décide quelles sont les obligations qui incombent aux sujets et quand ils y contreviennent. Ceci est un obstacle à la naturalisation. Le Prussien qui émigre sans avoir satisfait au service militaire est en contravention; il pourra, à la vérité, être naturalisé, le traité ne s'y oppose pas, mais il le fera à ses risques et périls; s'il rentre en Prusse, il pourra être poursuivi comme réfractaire ou comme déserteur; il pourra même, tout en restant aux Etats-Unis, être poursuivi en Prusse et condamné par contumace. Le traité ne met donc pas fin au conflit de principes; la Prusse reconnaît la naturalisation acquise aux Etats-Unis, mais elle se réserve ses droits contre le Prussien qui a contrevenu à ses lois : et il n'est pas dit quelles sont ces lois. Il y a là une nouvelle source de conflits, mais ils ne se présenteront guère si la naturalisation est sérieuse; et si elle est frauduleuse, il est juste que celui qui a voulu

frauder les lois de son pays supporte les conséquences de son dol.

Des traités analogues ont été conclus par les Etats-Unis avec la plupart des Etats de l'Europe; on peut les voir dans Wharton et Lawrence (1). Le traité fait avec la Belgique est plus explicite, il stipule que les Belges naturalisés aux Etats-Unis qui rentrent dans leur pays natal ne peuvent être poursuivis que pour désertion, ce qui implique que, lors de leur émigration, ils étaient déjà appelés au service. La différence entre ce traité et la convention prussienne tient à la législation différente des deux pays. D'abord la Constitution belge consacre implicitement le droit d'émigrer; l'émigration ne peut donc jamais être considérée comme un délit, et nos lois militaires n'assujettissent pas tout Belge au service militaire; le recrutement se fait par la voie du sort; c'est donc seulement après le tirage que l'obligation prend naissance; dans ce cas le milicien qui émigrerait serait déserteur, et s'il revenait en Belgique, il pourrait être poursuivi comme tel.

§ V. *Conséquences civiles du changement de patrie ou de la perte de nationalité.*

213. Dans le système du code Napoléon, les Français seuls jouissent de la plénitude des droits civils (art. 8); les étrangers, en principe, n'en jouissent point (art. 11). De là suit que les Français qui changent de patrie perdent par cela même la jouissance des droits civils. Avant l'abolition définitive du droit d'aubaine en France et en Belgique, la conséquence était très grave, puisque les étrangers étaient, comme tels, inhabiles à succéder. Depuis que le droit d'hérédité a cessé d'être un droit civil, la question a perdu son importance pratique, et bientôt, il faut l'espérer, elle ne figurera plus dans notre science qu'à titre d'histoire. Le projet de revision propose d'assi-

(1) Wharton, *Conflict of laws*, p. 9-11 en note. Lawrence, sur Wheaton, t. III, p. 259-265, 268.

miler les étrangers aux Belges pour la jouissance des droits privés, comme l'a déjà fait le code italien. L'égalité finira par être le droit commun du monde civilisé : ce sera le commencement d'une nouvelle ère, celle de la communauté de droit entre les nations. Il est bon, en attendant, d'appeler l'attention sur les conséquences absurdes qui résultent du code français : ce sera un moyen de hâter l'avénement d'un principe plus juridique tout ensemble et plus humain.

Le code Napoléon, en subordonnant la jouissance des droits civils à la conclusion d'un traité, quand il s'agit d'étrangers, suppose que tous les étrangers profiteront de ces traités et que, par conséquent, de fait, tout homme jouira des droits civils. Il n'en est rien. Quand même il y aurait des traités de réciprocité entre toutes les nations, il y aurait toujours une nombreuse classe d'étrangers auxquels les traités ne seraient pas applicables ; ce sont ceux qui n'ont plus de patrie. Beaucoup d'étrangers s'établissent en France sans esprit de retour, ils perdent régulièrement leur nationalité d'origine et ils n'acquièrent point la nationalité française ; ils sont étrangers partout et il y en a qui se complaisent dans cette condition anomale pour échapper aux charges que la patrie impose, notamment au service militaire, qui devient tous les jours plus lourd. Ces étrangers ne jouissent pas des droits civils en France, ni dans les pays qui ont adopté la législation française, tels que la Belgique. Peu leur importe, car les droits dont ils sont exclus n'ont pour eux aucun intérêt. Toujours est-il qu'en théorie, c'est une anomalie, plus que cela, une violation des desseins de Dieu, que de refuser la jouissance des droits privés, ne fût-ce qu'à un seul étranger, car nous ne sommes pas étrangers dans ce monde que Dieu nous a donné comme patrie. Les lois doivent donc veiller à ce que tout homme ait une patrie et jouisse des droits civils partout où il lui convient de résider.

214. A certains égards, les Français qui perdent leur qualité de Français sont des étrangers privilégiés : leurs enfants peuvent toujours recouvrer la nationalité de leurs

ancêtres moyennant une simple déclaration d'intention. J'en ai dit la raison (n° 124). Ceux-là mêmes qui ont abdiqué la qualité de Français peuvent la recouvrer sans être tenus de demander la naturalisation; une déclaration d'intention suffit : j'y reviendrai. Je dois ajouter que la législation napoléonienne traitait avec une grande rigueur et avec une sévérité excessive les Français qui abdiquaient leur patrie sans autorisation de l'empereur; j'ai dit plus haut que les décrets de 1809 et de 1811 sont abrogés en Belgique. On a même abrogé l'article 21 et l'article 17, n° 2. Je renvoie à ce qui a été dit ici même (n°s 152 et 153). La législation concernant la nationalité n'a pas encore d'assiette fixe; les principes traditionnels s'y heurtent avec les principes nouveaux; l'esprit exclusif et haineux, avec l'esprit humain et cosmopolite. C'est mon excuse pour les longs développements dans lesquels je suis entré. Mon but n'est pas seulement d'exposer la législation existante, je voudrais arriver à une réformation du droit, telle, qu'elle pourrait être admise par toutes les nations civilisées, afin de réaliser la communauté de droit, et l'unité du genre humain dans les relations d'intérêt privé, ce qui est l'objet idéal de la science du droit international privé.

215. Quelle est la condition de la femme et des enfants de celui qui change de patrie ou qui perd sa nationalité? La solution dépend du système adopté par les diverses législations. Il y a toujours conflit ; la tendance est cependant de faire prévaloir l'unité de famille, de sorte que la femme et les enfants suivent la condition du chef. Là où la personnalité domine, le changement ou la perte de nationalité n'a aucune influence sur les droits de la femme et des enfants; ils conservent leur nationalité et partant la jouissance des droits civils qui y est attachée; à moins que le fait du père ne soit aussi celui des enfants; ce qui suppose que les enfants sont majeurs, puisque les mineurs ne peuvent pas disposer de leurs droits; quant à la femme mariée, il est douteux qu'elle puisse, par son fait, renoncer à sa nationalité et en acquérir une nouvelle. Je renvoie à ce qui a été dit ci-dessus (n° 164).

216. J'arrive à la conséquence la plus importante du changement ou de la perte de nationalité, en ce qui concerne le droit civil international. Dans le système de nationalité, qui est celui du code italien et du code Napoléon tel qu'il est généralement interprété, le statut personnel dépend de la nationalité ; donc le Français qui cesse d'être Français n'est plus régi par la loi française, dans toutes les matières où le statut personnel domine; ainsi, non seulement en ce qui concerne son état et sa capacité, mais aussi pour ses droits de famille, notamment le droit de succession; toutefois sur ce point le code Napoléon a suivi la tradition, en distinguant entre les successions mobilières et les successions immobilières, les premières régies par le statut personnel, donc national, et les autres par le statut réel, c'est-à-dire celui de la situation des biens. Quel sera le statut du Français expatrié? Si, en perdant sa qualité de Français, il acquiert une nationalité nouvelle, il sera régi par les lois de sa nouvelle patrie en tout ce qui dépend du statut personnel; c'est la conséquence évidente du principe : le statut étant attaché à la nationalité, le changement de nationalité emporte changement de statut (1). Mais qu'arrivera-t-il si le Français perd sa nationalité sans acquérir une patrie nouvelle? Il en est ainsi du Français qui s'établit en Belgique sans esprit de retour; il n'est plus Français (art. 17, C. Nap.) et il ne devient pas Belge. N'ayant point de nationalité, il ne peut avoir de statut national, il n'aura donc point de statut personnel. Quelle loi lui appliquera-t-on dans les matières qui dépendent du statut personnel? On ne peut pas lui appliquer les lois de son ancienne patrie, ce serait un statut personnel, et il n'en a point. Forcément il sera soumis à la loi du pays où il réside, en toutes choses, pour son état et à sa capacité ainsi que pour ses biens. C'est une anomalie qui heurte l'équité et tous les principes. Ceux qui sont étrangers partout ne jouissent nulle part des droits civils, pas même de ceux que l'on accorde aux étrangers en vertu

(1) Comparez Merlin. *Répertoire*, au mot *Loi*, § VI, n° 5 (t. XVIII, p. 434, de l'édition de Bruxelles).

des traités de réciprocité, et ils sont soumis, pour leur état, leur capacité et pour leurs droits de famille à des lois qui n'ont pas été faites pour eux, sans qu'ils puissent se prévaloir de leur statut d'origine qu'ils ont perdu avec leur nationalité. Voilà une iniquité à laquelle les lois et les traités doivent mettre un terme. J'ai insisté sur ce point aussi souvent que l'occasion s'est présentée; je renouvelle mes protestations en faveur de ceux qui sont étrangers partout.

Cela peut encore se présenter en cas de naturalisation. Presque toutes les lois exigent une résidence plus ou moins longue comme condition de la naturalisation qu'elles accordent à l'étranger. Quel sera l'état de l'étranger pendant la durée de ce stage? A-t-il une patrie? quel est son statut? Le plus souvent il n'aura point de patrie, ni, par suite, de statut. En effet, la nationalité se perd par l'abdication qu'en fait le citoyen; or, il l'abdique, d'après le droit français, en s'établissant en pays étranger sans esprit de retour. L'expatriation ne laisse aucun doute sur l'intention du Français ou du Belge qui quitte sa patrie, avec femme et enfants, avec tout son avoir; dès qu'il est établi aux Etats-Unis, il cesse d'être Français ou Belge : il sera étranger jusqu'à ce qu'il ait obtenu la naturalisation : il restera donc pendant cinq ans sans patrie et sans statut personnel. Cette anomalie vient à l'appui de la proposition que j'ai faite dans le projet de revision du code civil, et que j'ai reproduite dans le cours de ces Etudes, à savoir que les lois et au besoin les traités doivent veiller à ce que les émigrants, et, en général, tous ceux qui s'expatrient conservent leur ancienne nationalité jusqu'à ce qu'ils en aient acquis une nouvelle (n°s 145 et 151). Le principe est juste, puisque tout homme doit avoir une patrie, et il ne doit pas dépendre de lui de n'en pas avoir; donc toute intention contraire doit être considérée comme inopérante.

Avant les dernières lois sur la naturalisation portées en Angleterre, la femme française ou belge qui épousait un Anglais ne devenait pas Anglaise; cependant, d'après le code Napoléon, elle suit la condition de son mari. Qu'en

fallait-il conclure? Il y avait conflit et controverse (1); le législateur anglais s'est rallié au principe qui est généralement admis: la femme étrangère qui épouse un Anglais acquiert la nationalité anglaise (2). C'est un conflit de moins et un pas de plus vers la communauté de droit entre les peuples. En prenant la nationalité de son mari, la femme prend aussi son statut. Il y a donc unité de droit entre les époux; tandis que, avant les lois de 1870, on ne savait point quel était le statut de la femme.

Il reste un conflit entre la législation anglaise et le droit français, qui est aussi le droit belge et le droit italien. L'enfant né d'un étranger en Angleterre y est considéré comme naturel anglais; cet enfant a encore sa nationalité de race, celle de son père; il a donc deux patries, partant deux statuts; en France, l'enfant d'un Français né en Angleterre est Français (C. Nap., art. 10), donc régi par la loi française, même en pays étranger, pour tout ce qui dépend de son statut personnel. Se marie-t-il en Angleterre, son mariage sera régi par le code Napoléon et par conséquent il ne pourra se marier sans le consentement de son père jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de vingt-cinq ans; tandis qu'en Angleterre son mariage sera valable, quoique contracté sans le consentement de son père. Le mariage du Français, célébré en Angleterre, légitime les enfants naturels reconnus d'après le code Napoléon; les lois anglaises n'admettent pas cette légitimation. Voilà une série de conflits, dont l'un engendre l'autre. J'ai dit, dans le cours de ces Etudes, comment on pourrait concilier les législations diverses. Il faudra pour cela des traités; ou, ce qui revient au même, un changement dans les lois concerté entre les diverses nations. On ne doit pas désespérer de l'unité quand on voit qu'elle s'est faite dans la matière des naturalisations, et que l'Angleterre a renoncé au principe de l'allégeance qui paraissait s'identifier avec sa constitution.

Voici encore un conflit en matière de nationalité, et par

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. I[er], p. 126, n° 86.
(2) Lawrence, sur Wheaton, t. III, p. 234.

conséquent de statut. Un Français ayant des enfants se fait naturaliser en Espagne ; dans le système de la naturalisation individuelle, les enfants restent Français, donc le statut personnel des enfants sera la loi française, et la loi espagnole sera le statut du père. Par quel statut sera régie la puissance paternelle? Invoquera-t-on le statut personnel des enfants restés Français, et régis par la loi française? ou appliquera-t-on le statut du père devenu Espagnol? Si la question se présentait devant les tribunaux de France, le juge appliquerait certainement le code civil ; il dirait que le père n'a pu dépouiller ses enfants de leur statut français, d'après lequel la puissance paternelle n'est plus qu'un pouvoir de protection, pour mieux dire un devoir. Les tribunaux espagnols raisonneraient autrement; ils diraient que le père espagnol a un droit de puissance sur ses enfants, droit établi en sa faveur; que ce droit appartient à tout Espagnol, donc aussi au Français naturalisé en Espagne ; que les enfants ne peuvent pas invoquer leur statut contre la loi espagnole qui, dans l'espèce, tient à l'intérêt général, et domine, par conséquent, le statut personnel. Il n'y a qu'un moyen de prévenir ces conflits, c'est de faire prévaloir le principe de l'unité de famille, de manière que les enfants suivent toujours la nationalité du père : l'unité de patrie entraînera l'unité de statut (1).

Le principe de l'unité de famille est le plus conforme à la nature et il tend à l'emporter dans la doctrine et dans la législation ; mais en attendant qu'il soit universellement admis, il en résultera un conflit regrettable avec les législations qui maintiennent le principe de la naturalisation individuelle. Nous avons rencontré un de ces conflits. Un Français se fait naturaliser en Suisse ; ses enfants deviennent Suisses avec leur père, partant ils seront régis par la loi suisse qui leur permet de divorcer ; en France, on considérera les enfants comme Français, et on leur appliquera la loi française qui défend le divorce (n° 194). Même conflit entre le code italien et le code Napoléon.

(1) Comparez Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. I, p. 116, n° 104, et mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 142, n° 95.

D'après le premier, la femme et les enfants d'un père français qui se fait naturaliser en Italie deviennent Italiens et changent par conséquent de statut; les tribunaux italiens leur appliqueront la loi italienne dans toutes les matières qui dépendent du statut personnel. En France, la femme et les enfants resteront Français et seront régis par la loi française (1).

Le changement de nationalité et par suite le changement de statut donnent lieu à bien d'autres difficultés; je les examinerai en traitant du domicile; dans la doctrine traditionnelle, qui est encore généralement suivie, le statut change avec le domicile, ce qui donne lieu aux mêmes difficultés; il vaut mieux en traiter simultanément. Cet examen conduira du moins à une conséquence, c'est que le statut ne doit point varier d'après le domicile.

§ VI. — *Du recouvrement de la nationalité.*

217. Le Français qui a perdu sa nationalité est admis à la recouvrer. Jadis on considérait comme un crime le fait d'abdiquer sa patrie, et jusqu'à nos jours le droit anglais n'admettait point cette abdication par la seule volonté du citoyen; il ne lui appartenait point de briser le lien de l'allégeance qui l'attachait à sa patrie, pour mieux dire, à son suzerain, car l'allégeance était un lien féodal. Le code Napoléon repose sur des principes bien plus humains; le législateur se montre favorable au Français qui a abdiqué sa patrie, il lui facilite le moyen de recouvrer la nationalité qu'il a perdue; le Français est devenu un étranger, mais c'est un étranger privilégié, il y a du sang français dans ses veines. Ecoutons l'orateur du gouvernement : « Si l'on peut supposer qu'un Français perde volontairement sa qualité de Français, l'on doit supposer, à plus forte raison, qu'il aura le désir de la recouvrer après qu'il l'aura perdue, et alors la patrie ne doit-elle pas être sensible à ses regrets? ne doit-elle pas lui rouvrir

(1) Mancini, Rapport à l'Institut de droit international (*Revue du droit international privé*, t. I, p. 233).

son sein, lorsqu'elle est assurée de leur sincérité? Ce ne doit plus être à ses yeux un *étranger*, mais un enfant qui rentre dans sa *famille* (1). » Je doute fort qu'il se trouve beaucoup de Français expatriés qui profitent de cette faveur. A vrai dire, les Français émigrent rarement; la haine furieuse de la noblesse pour les principes de 1789 a provoqué une émigration politique, mais dans le cours ordinaire des choses, les Français ne quittent pas leur patrie; ce sont des émigrants de race germanique qui affluent chaque année en Amérique. On s'est demandé pourquoi les Allemands émigrent par milliers, sans que l'on puisse dire que c'est la misère ou des passions politiques qui les y poussent. C'est la migration des peuples du Nord qui a détruit l'empire romain, et, en mettant fin à l'antiquité, a ouvert une ère nouvelle de l'humanité; les Germains ont toujours conservé cette humeur voyageuse. Les Français et les Belges n'émigrent guère de leur patrie, et ceux qui quittent le sol natal se fixent à demeure dans le pays où ils s'établissent, ils ne songent pas à recouvrer leur patrie. Cela n'empêche pas que la théorie du code civil soit fondée sur un sentiment naturel.

218. Le législateur ne témoigne pas à tous les ci-devant Français la même faveur. Les enfants sont privilégiés entre tous. Ceux qui étaient nés quand leur père s'est expatrié conservent leur nationalité, alors même que, d'après la législation étrangère, ils changent de patrie avec leur père; les tribunaux français ne tiennent aucun compte de ces lois, ils maintiennent le statut français qui ne permet pas à des mineurs d'abdiquer leur patrie (nos 167 et 168). Quant aux enfants qui naissent après que le père est devenu étranger, ils sont étrangers de naissance, puisqu'ils suivent la condition de leur père, et ils la suivent alors même que leur père devient étranger partout, ce qui arrive quand il s'établit dans un autre pays sans esprit de retour. Le code Napoléon leur permet de recouvrer toujours leur nationalité, en faisant une simple déclaration d'intention; ils sont Français de droit dès qu'ils veulent

(1) Boulay, *Exposé des motifs*, n° 24 (Locré, t. I, p. 427, n° 24).

rentrer en France; mais ce droit ne profite qu'à la première génération; les descendants du Français expatrié ne peuvent pas l'invoquer, et avec raison. Dès la seconde génération, les descendants se fondent dans la race étrangère, au sein de laquelle ils naissent et ils sont élevés; il n'y a plus de motif de les distinguer de la généralité des étrangers.

219. Quant aux émigrants eux-mêmes, la loi distingue. Ceux qui se sont établis en pays étranger sans esprit de retour, qui y ont obtenu la naturalisation, ou qui ont été admis à des fonctions publiques, ils recouvrent leur nationalité d'origine, moyennant une simple déclaration d'intention; ils ont perdu leur nationalité par leur volonté, ils la recouvrent par une volonté contraire, et plus naturelle que la première. La loi exige cependant qu'ils rentrent en France avec l'autorisation de l'empereur. Cette condition ne tiendrait-elle pas à la défiance légitime qu'inspiraient les émigrés? Dans les circonstances ordinaires, l'autorisation n'a pas de raison d'être; dès lors on devrait la supprimer, car elle est en contradiction avec le principe qui sert de base au recouvrement de la nationalité. On ne veut pas soumettre le Français expatrié à demander la naturalisation au chef de l'Etat, et néanmoins sa rapatriation dépend de la volonté arbitraire du gouvernement, qui peut refuser l'autorisation, et ce refus empêchera le Français expatrié de recouvrer sa nationalité. Les ci-devant Français doivent déclarer qu'ils veulent se fixer en France, et en même temps renoncer à toute distinction contraire à la loi française. Cette condition aussi a perdu sa raison d'être; bien que la noblesse soit maintenue, elle ne jouit plus d'aucun privilége, ce n'est donc plus une distinction contraire à la loi.

Le code Napoléon traite avec une grande sévérité le Français qui prend du service militaire à l'étranger sans autorisation de l'empereur; il les assimile aux étrangers, d'où suit que pour recouvrer leur nationalité, ils doivent obtenir la naturalisation, et en Belgique il leur faudrait la grande naturalisation pour jouir de tous les droits politiques. La rigueur se comprenait à l'époque où le code

a été publié; la guerre était permanente entre la France et l'Europe coalisée contre la Révolution; prendre du service militaire dans les armées de la coalition, c'était se faire l'ennemi de la France. Mais, dans l'état ordinaire des choses, l'enrôlement dans une armée étrangère est un coup de tête, une imprudence ou une légèreté de jeune homme. En Belgique, la disposition du code civil est abrogée. Resterait à voir si la Belgique, déclarée neutre par les traités, peut permettre à ses citoyens de prendre du service militaire en pays étranger, alors que la paix armée peut se changer d'un jour à l'autre en guerre. A mon avis, les citoyens doivent être neutres aussi bien que l'Etat. Ce serait une singulière neutralité que celle qui, sous prétexte de liberté, permettrait à des milliers de Belges de former un vrai corps d'armée au service d'une partie belligérante; les Belges comme la Belgique doivent être amis de toutes les nations.

La femme veuve recouvre sa nationalité par une simple déclaration d'intention; si elle réside à l'étranger, elle doit de plus obtenir l'autorisation de l'empereur de rentrer en France. Je renvoie à ce qui a été dit plus haut (n[os] 169-173).

220. Les Français expatriés qui recouvrent leur nationalité changent de patrie; c'est la raison pour laquelle la loi exige d'eux une déclaration d'intention : personne ne peut perdre sa nationalité ni en acquérir une nouvelle, sans sa volonté. Si les Français expatriés recouvraient leur nationalité de plein droit en rentrant en France, ils auraient deux patries, ce qui est une anomalie que le législateur doit toujours éviter. Et il y aurait une autre anomalie, c'est que la loi présumerait qu'ils veulent renoncer à leur patrie d'adoption, or les renonciations ne se présument jamais.

Dans le droit anglais, antérieur à 1870, il y avait des anomalies plus étranges. L'allégeance du sujet étant perpétuelle, la naturalisation de l'Anglais semblait impossible; on l'admettait cependant. « Nos lois, écrivait lord Palmerston au ministre américain à Londres, laissent pleine liberté aux sujets anglais de quitter le royaume

lorsque cela leur plaît. S'ils s'établissent aux Etats-Unis, ou dans tout autre pays, ils seront soumis aux lois du pays où ils résideront. » Est-ce à dire qu'ils changeront de patrie? C'est une naturalisation à la façon de celle que lord Brougham voulait acquérir en France, entendant être Français en France, et Anglais en Angleterre. « Si, ajoute lord Palmerston, les Anglais naturalisés reviennent en Angleterre, ils seront soumis à toutes les lois anglaises, de même que les *autres sujets de Sa Majesté.* » C'est-à-dire qu'ils n'ont jamais cessé d'être Anglais; de sorte que l'on ne peut pas même dire qu'en rentrant en Angleterre, ils redeviennent Anglais; ils cessent seulement d'être sujets aux lois du pays où ils avaient obtenu la naturalisation. Mais dans ce pays on devait les considérer comme naturalisés; donc ils avaient, de droit, deux patries. La loi du 2 mai 1870 a mis fin à ces anomalies; elle reconnaît la naturalisation, le lien d'allégeance est rompu; l'Anglais naturalisé en pays étranger devient étranger; la loi l'appelle *statutory alien*, étranger par l'effet du statut; il peut recouvrer sa nationalité, mais sous les mêmes conditions qu'un étranger de naissance. Il doit demander un certificat de réintégration à un secrétaire, lequel peut l'accorder ou le refuser; s'il l'obtient, il est tenu de prêter un nouveau serment d'allégeance; il redeviendra sujet britannique, mais seulement pour l'avenir; et il ne sera pas traité comme tel dans l'Etat où il avait été naturalisé, à moins que les lois ou les traités ne décident qu'il a cessé d'être citoyen naturalisé par le fait qu'il recouvre sa nationalité anglaise. Ainsi la loi de 1870 n'accorde aucune faveur au ci-devant Anglais; elle applique logiquement et avec rigueur les principes qui régissent le changement de nationalité. L'Anglais naturalisé est un étranger; pour redevenir Anglais, il doit se faire naturaliser comme tout autre étranger (1).

221. Le code Napoléon est plus humain; peut-être veut-il engager les Français expatriés à rentrer en France, et à reprendre leur nationalité d'origine. Quant aux effets

(1) Lawrence, *Commentaire* sur Wheaton, t. III, p. 348 et 233-234.

de la rapatriation, les deux législations concordent; elle ne rétroagit point, elle n'opère que pour l'avenir. Dès qu'il est admis que le naturalisé acquiert une nouvelle patrie, il change de patrie en recouvrant sa nationalité première, or tout changement de nationalité n'a d'effet que pour l'avenir; s'il rétroagissait, la même personne aurait eu pendant tout le temps de sa naturalisation deux patries, ce qui est légalement et moralement impossible (1).

Il résulte de là une conséquence importante. Si le Français expatrié qui recouvre sa nationalité reste étranger pour le passé, il peut aussi invoquer son statut étranger pour tout ce qu'il a fait pendant qu'il était étranger, en ce qui concerne son état et sa capacité. Je suppose qu'il se soit fait naturaliser en Belgique; devenu Belge, il divorce. C'est son droit. Plus tard, il recouvre sa qualité de Français; son divorce sera-t-il reconnu en France? L'affirmative me paraît certaine, si, bien entendu, les tribunaux français reconnaissent l'effet des divorces prononcés en pays étranger et entre étrangers, car le Français naturalisé était étranger au moment où il a divorcé. Je suppose naturellement que la naturalisation a été acquise de bonne foi; elle pourrait très bien être frauduleuse; le Français qui se fait naturaliser en Belgique a peut-être eu pour seul but de rompre son mariage; ce qui donnerait quelque poids à ce soupçon, c'est qu'après avoir fait prononcer le divorce, il rentre en France et redevient Français. Ce n'est pas à dire qu'il y ait nécessairement fraude; quand le Français expatrié s'est marié en Belgique après avoir été naturalisé, sa bonne foi ne saurait être suspectée. Si, dans ces circonstances, le Français naturalisé, après avoir divorcé, contractait un nouveau mariage en Belgique, il me paraît que les tribunaux français n'en pourraient contester la validité. Le Français naturalisé pouvant se marier en Belgique, il n'y a pas de raison pour qu'il ne puisse se marier en France, comme étranger; et ce mariage resterait valable, si le naturalisé recouvrait sa nationalité française, puisque la rapatriation n'agit point sur le passé.

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 505, n° 399.

C'est, me semble t-il, un argument en faveur de l'opinion que j'ai soutenue dans mes *Principes de droit civil,* à savoir que les tribunaux français doivent reconnaître le divorce prononcé à l'étranger, avec tous ses effets. J'y reviendrai.

§ VII. — *Changement de nationalité par annexion ou séparation de territoires à la suite de guerres ou de révolutions.*

N° 1. LES GUERRES ET LES RÉVOLUTIONS.

222. Le changement de nationalité se fait parfois à la suite d'une guerre ou d'une révolution. Je me borne à citer des exemples récents concernant la Belgique et la France. Les guerres qui suivirent la révolution française amenèrent l'annexion des provinces belgiques à la France; il en fut de même des provinces rhénanes, de la Savoie; Napoléon poursuivit cette politique et annexa au grand empire, directement ou indirectement, la moitié de l'Europe. L'œuvre de la force périt par la force. A la chute de l'Empire, les provinces et les Etats qui avaient été unis à la France en furent détachés; la France perdit même des territoires qui avaient fait partie de l'ancien royaume. La révolution de 1830 laissa la France intacte, ainsi que la révolution de 1848. A la suite de la révolution de juillet, il éclata une révolution à Bruxelles, qui amena la dissolution du royaume des Pays-Bas, et constitua le royaume de Belgique; les traités de 1839 démembrèrent deux provinces du nouveau royaume, le Luxembourg et le Limbourg. Sous le second empire, à la suite de la guerre d'Italie, la Savoie fut réunie à la France par voie d'annexion volontaire. L'annexion de la Belgique à la république française, œuvre de la conquête, avait aussi été sanctionnée par le vote des populations, mais l'histoire raconte que le vote ne fut qu'un simulacre.

Ce n'est pas seulement en Belgique et en France qu'il y eut de ces annexions forcées. L'Angleterre est devenue un immense empire par suite d'annexions qui commencè-

rent avec la conquête de l'Irlande, et qui se continuent encore dans l'Inde. En 1814 Chalmers disait : « On peut affirmer sans exagération que, depuis le commencement du présent règne, l'empire britannique a acquis quarante millions de sujets (1). » Que serait-ce si on faisait le calcul de ses agrandissements en 1880? Elle a perdu les colonies qui forment aujourd'hui la république des Etats-Unis. Celle-ci s'est aussi agrandie par des annexions. Les réunions que la force amène, la force les dissout. L'Alsace allemande et même la Lorraine devenue française, conquises par les anciens rois de France, furent reconquises, à la suite de la chute du second empire. Et qui oserait assurer que ces violents déchirements sont définitifs? Le monde entier est encore en proie à la violence. L'empire ottoman, qui menaçait jadis de s'annexer l'Europe entière, est en pleine dissolution; tandis que la Russie a trouvé bon de s'annexer le royaume de Pologne, au mépris des traités, et elle a mis ses récentes victoires à profit, pour s'annexer des populations qu'elle était venue affranchir du joug de la Turquie. Il est certain que les empires créés par la force, et fondés sur la destruction des nationalités, se dissoudront par la force; sur leurs ruines s'élèveront les nations que Dieu appelle à une vie distincte, en leur donnant une mission distincte dans le développement de l'humanité. C'est seulement quand cette œuvre sera achevée, que la constitution du genre humain deviendra définitive. Des siècles se passeront avant que cette immense révolution soit accomplie. Pour le moment, il y a une révolution pacifique à préparer, c'est celle de l'unité des nations sur le terrain des intérêts privés. C'est le but idéal de notre science. Nous n'avons à considérer les grands événements auxquels je viens de faire allusion que sous le rapport des changements de nationalité qui en résultent.

223. Ce qui caractérise ces changements de nationalité, c'est que la volonté de ceux qui perdent leur ancienne pa-

(1) Chalmers, *Colonial opinions*, p. 663 (cité par Lawrence, sur Wheaton, t. III, p. 188).

trie, et en acquièrent une nouvelle, n'y joue aucun rôle. Il en est ainsi alors même que les populations annexées sont consultées et émettent un vœu. J'ai dit ailleurs ce qui s'est passé en Belgique, lors de l'annexion de nos provinces à la France. De Maistre disait, à l'occasion de la première annexion de la Savoie, que les Savoisiens étaient libres de dire *oui;* c'est dire qu'on s'y était pris de façon qu'ils ne fussent pas libres de dire *non*. Sans doute, en théorie, l'annexion devrait être volontaire; s'il est vrai que l'homme tient sa patrie de Dieu, il est vrai aussi qu'il n'en peut être privé par la violence, et quand la conquête vient détruire l'existence nationale d'un pays, les populations devraient être appelées à consacrer l'œuvre de la force par leur libre adhésion, mais aussi elles devraient être libres de la répudier. Les auteurs supposent que cela se fait ainsi, au moins par un consentement tacite. Pothier dit que les naturels du pays cédé à la suite de la conquête changent de domination et de nationalité parce qu'ils reconnaissent un nouveau souverain. Valette enseigne le même principe. On pourrait ajouter que les conquérants eux-mêmes reconnaissent la liberté des vaincus, puisqu'ils leur permettent de s'expatrier, c'est-à-dire de conserver leur ancienne patrie, en émigrant; et l'on en pourrait conclure que les habitants qui n'émigrent point acceptent la domination étrangère que la victoire leur a imposée. Mais qui ne voit que toute cette théorie repose sur des fictions? Les vaincus subissent la loi du vainqueur; les pays conquis sont placés par le conquérant sous une domination nouvelle, sans qu'il s'enquière de la volonté des populations. Que les naturels du pays le veuillent ou non, ils deviennent sujets du souverain que la victoire leur donne. Donc le changement de nationalité se fait par la violence : c'est un cas de force majeure qui frappe les personnes en même temps que le territoire. Il est vrai que les vaincus peuvent émigrer; mais la masse de la population peut-elle profiter de cette prétendue

(1) Pothier, *Traité des personnes*, part. I, tit. II, sect. I. Valette sur Proudhon, *Traité des personnes*, t. I, p. 129.

liberté? Pour la plupart ce serait la liberté de mourir de faim. Il faut donc écarter ces illusions de la doctrine; elle dit ce qui devrait être, et ce qui ne sera jamais : la conquête est essentiellement l'œuvre de la force, et la force exclut le libre consentement. Nous verrons les conséquences qui résultent de cette différence entre la naturalisation forcée et la naturalisation volontaire. En droit français on admet que les incapables ne peuvent pas abdiquer leur patrie, ni en acquérir une nouvelle. Ce principe ne reçoit pas d'application au changement de patrie qui se fait par annexion ou séparation : ceux-là mêmes qui jouissent de la plénitude de leurs droits ne sont pas appelés à consentir, ils subissent la loi du vainqueur; par identité de raison, il en doit être de même des mineurs et des femmes mariées.

224. Ne maudissons pas trop les conquérants : eux aussi ont subi la loi qui régit l'humanité et dont ils sont souvent les instruments dans les desseins de Dieu. Jadis le vainqueur exterminait les vaincus, ou il les réduisait en servitude; le plus grand et le plus humain des conquérants, Alexandre, ne fut pas compris par les Hellènes quand il voulut assimiler les vaincus aux vainqueurs; son maître même, Aristote, le plus profond penseur de l'antiquité, ne comprenait rien à la politique de son élève. Eh bien, ce qu'Aristote considérait comme une folie est devenu le droit commun de l'Europe; la conquête, au lieu de faire des esclaves, fait des sujets. Ici encore la doctrine a voulu aller au delà de l'intention des conquérants. On a prétendu que le changement de nationalité ne s'opérait que lorsque la conquête était devenue définitive par les traités qui consacrent et consolident les effets de la victoire. Non, les traités eux-mêmes sont l'œuvre de la force; les vaincus les subissent, ils ne les acceptent pas : au moment même où ils les signent, ils se préparent à les rompre. Qu'importe donc ce simulacre de consentement? C'est sur les champs de bataille que se décide le sort des vaincus; et dès que le conquérant veut prendre possession définitive du pays conquis, l'œuvre de la force s'accomplit, les vaincus deviennent ses sujets. Sur ce point Pothier

est très explicite et sa doctrine est en harmonie avec la triste réalité. Il suppose qu'un pays conquis est rendu par le traité de paix : qu'en résultera-t-il pour la nationalité des habitants? Dans la doctrine que je viens de mentionner, il faudrait dire qu'ils n'ont jamais changé de nationalité, puisque le traité vient défaire l'œuvre de la force. Est-ce ainsi que Pothier l'entend? Non, les habitants, dit-il, *changent de domination*; ils étaient devenus *citoyens* au moment de la conquête; ils deviennent *étrangers* en vertu du traité. Donc la conquête, par elle seule, dénationalise (1).

Ce que Pothier dit de la conquête, il faut le dire des révolutions, qui sont aussi des faits de violence et de force majeure; il n'y a que le nom qui diffère. Quand, en 1830, la Belgique se sépara violemment de la Hollande, elle conquit son indépendance; c'était l'œuvre de la force, de la guerre, de la victoire. Le fait de la révolution ne fut reconnu définitivement que par les traités de 1839. Est-ce à dire que la séparation et le changement de nationalité; qui en est la suite, ne datent que du jour où le roi des Pays-Bas consentit à la dissolution du royaume créé en 1814? Ce serait mettre la fiction à la place de la réalité des choses; il en résulterait que la séparation s'est faite par convention, par concours de consentement. Non, elle s'est faite par la violence; notre existence séparée date de 1830 et non de 1839. Donc le changement de nationalité s'est opéré par la révolution et non par les traités.

Il y a un arrêt, en sens contraire, de la cour de cassation de Belgique. C'est un arrêt de principe, je dois m'y arrêter. Les auteurs qui traitent du droit international privé attachent une importance excessive à la jurisprudence; ils la citent comme une autorité égale à celle de la loi, pour eux elle fait droit. Cela tient peut-être à ce que la plupart des légistes ou des publicistes qui s'occupent de notre science appartiennent à des pays où règne le droit coutumier; en Angleterre, aux Etats-Unis, en

(1) Pothier, *Traité des personnes*, part. I, tit. II, sect. 1.

Allemagne, les tribunaux font le droit. Il n'en est pas ainsi en France, en Belgique et partout où il y a des codes ; la jurisprudence y interprète la loi, elle n'a jamais l'autorité du droit : c'est une doctrine qui n'a qu'une valeur de raison et que le jurisconsulte a toujours le droit et le devoir de discuter. Nous allons entendre la cour, et j'ajouterai mes doutes, ma critique si l'on veut. Dans l'espèce, il s'agissait de savoir si un Hollandais pouvait succéder en Belgique; la décision dépendait de la nationalité : était-il devenu étranger par suite de la révolution et avant les traités de 1839, il était exclu de la succession ouverte à son profit, en vertu de l'article 11, puisqu'il n'existait pas de traité de réciprocité entre la Belgique et le royaume des Pays-Bas.

« L'article 11, dit la cour, ne s'applique pas aux sujets d'un même Etat, entre lesquels surgit une révolution par laquelle une partie du peuple se détacha violemment de l'autre pour former un royaume séparé et indépendant. » Voilà une affirmation : et la preuve? Le code ne parle ni de guerre, ni de révolutions; il suppose qu'un étranger veut exercer un droit civil en Belgique; il est exclu, à moins qu'il n'y ait un traité de réciprocité. Les Hollandais étaient-ils étrangers en 1837, lors de l'ouverture de la succession? Répondre qu'ils ne l'étaient point, c'est dire que le royaume des Pays-Bas existait encore et que, par conséquent, les Belges étaient toujours sujets du roi Guillaume, malgré la révolution, et malgré la Constitution qui lui donna une consécration légale en Belgique. Ce serait une étrange fiction dans un pays qui est né et s'est constitué par la volonté nationale : les Hollandais seraient sujets du roi des Belges, et les Belges, y compris leur roi, seraient sujets du roi des Pays-Bas. Sur quoi la cour fonde-t-elle cette fiction? « La révolution ne suffit point, dit-elle, pour que les Hollandais deviennent étrangers en Belgique et les Belges dans les Pays-Bas; il faut que la révolution soit sanctionnée par les traités faits avec les autres puissances, et surtout avec le souverain qu'elle a privé d'une partie de ses sujets. » Je réponds que c'est nier la révolution et la souveraineté nationale. Ce n'est pas le con-

sentement du roi des Pays-Bas qui nous a donné l'indépendance, c'est la révolution et la volonté nationale, dont le Congrès était l'organe quand il proclama notre existence indépendante et l'exclusion de la famille d'Orange-Nassau. Que deviennent ces actes de la souveraineté nationale dans la doctrine de la cour de cassation? Ils restent en suspens jusqu'en 1839. Jusque-là il n'y avait point de Belgique, point de roi des Belges, pas de pouvoir législatif ni de pouvoir judiciaire, la cour de cassation n'existait pas plus que le royaume de Belgique. La cour recule devant ces conséquences absurdes; elle avoue que la révolution avait eu des effets politiques, mais elle nie qu'elle ait changé l'état des particuliers. De sorte qu'il y aurait eu une Belgique, mais pas de Belges, au moins en ce qui concerne les rapports d'intérêt privé : Belges au scrutin, Belges dans les chambres, Belges dans les tribunaux, mais sujets du roi des Pays-Bas, en tant qu'il s'agit des droits civils. La distinction est tout aussi étrange que la doctrine à l'appui de laquelle la cour l'a imaginée. Quoi! nous étions Belges comme citoyens, et nous n'étions pas Belges pour la jouissance des droits civils! Divise-t-on ce qui est indivisible, la nationalité? Est-ce que la jouissance des droits civils n'est pas une conséquence de la qualité de Belge? Le code Napoléon ne dit-il pas que tout Français jouit des droits civils? et, partant, que ceux qui ne sont pas Français n'en jouissent pas? Si les Hollandais étaient étrangers en Belgique, au point de vue politique. ils l'étaient par cela même au point de vue des droits civils.

La cour dit que si l'on interprète la Constitution, comme je le fais, l'article 11 du code Napoléon serait devenu inapplicable. En effet, les Hollandais n'auraient pu jouir des droits civils en Belgique qu'en vertu d'un traité, or, il ne pouvait y avoir de traité entre le royaume des Pays-Bas et le royaume de Belgique, puisque la Belgique n'était pas reconnue par le roi Guillaume. Cela est très vrai; mais qu'est-ce que cela prouve? Que l'article 11 a eu tort d'attacher la jouissance des droits privés à des traités de réciprocité; cela est si vrai que cet article a été

modifié par le législateur belge (1) parce qu'il ne pouvait pas y avoir de traité entre la Belgique et les puissances qui ne l'avaient pas reconnue, notamment la Russie. Toujours est-il que l'on ne peut pas se prévaloir des circonstances politiques qui rendent impossible la conclusion d'un traité, pour en inférer que l'article 11 cesse d'être applicable (2).

225. Qui change de nationalité par le fait de la conquête ou des révolutions? Pothier établit le principe en ces termes : « Lorsqu'une province est réunie à la couronne, il est certain que ses *habitants* doivent être regardés comme Français naturels, qu'ils y soient *nés* avant ou depuis la réunion. » Ainsi l'annexion opère un changement de nationalité à l'égard des *naturels* du pays annexé, c'est-à-dire ceux qui sont *nés* dans ce pays. Quant aux étrangers qui habiteraient le pays annexé, lors de l'annexion, ils ne changent pas de nationalité, parce que l'annexion leur est étrangère (3); ils conservent leur nationalité d'origine; la guerre et la conquête n'ont rien de commun avec leur condition. C'est contre les nationaux que la guerre était dirigée, ce sont les nationaux qui succombent, partant ce sont eux qui subissent la loi du vainqueur. Ce principe est universellement admis. Lord Coke l'énonce dans des termes analogues à ceux de Pothier : « Si le roi et ses sujets, dit-il, venaient à conquérir un autre royaume ou domaine, les *ante nati,* aussi bien que les *post nati,* ceux qui auraient pris part aux combats aussi bien que ceux qui seraient restés pour la défense du pays ou qui auraient été employés autrement, sont tous *dénizens* (sujets naturalisés) du royaume ou du domaine conquis (4). » La jurisprudence a consacré cette doctrine (5); il est inutile d'y insister puisque tout le monde est d'accord. Je vais appliquer le principe aux annexions et aux séparations par suite de guerre ou de révolution qui ont

(1) Loi du 20 mai 1837.
(2) Arrêt de rejet, du 17 novembre 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 1, 343).
(3) Pothier, *Traité des personnes*, part. I, tit. II, sect. I.
(4) Coke's Reports, part. VII, fol. 6 (cité par Lawrence, sur Wheaton, t. III, p. 187).
(5) Bruxelles, 30 mai 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 142).

eu lieu pour les provinces belgiques. J'ai déjà traité cette matière dans mes *Principes de droit civil,* ce qui me dispense d'entrer dans de longs développements : je me bornerai à discuter les questions sur lesquelles je suis en désaccord avec la jurisprudence (1).

226. La Belgique a été réunie à la France sous la république. Qui est devenu Français par suite de cette annexion? Je réponds avec Pothier : les naturels belges et leurs enfants nés depuis la réunion; sans la réunion ils auraient été Belges, donc par la réunion ils sont devenus Français. Il en est de même des étrangers naturalisés, qui sont assimilés aux Belges. Mais les étrangers résidents ou domiciliés dans nos provinces lors de l'annexion sont restés étrangers; ils auraient été étrangers s'il n'y avait pas eu de réunion, et la réunion ne frappe que les naturels et ceux qui l'auraient été sans l'annexion.

227. En 1814 les départements réunis furent séparés de la France, les provinces belgiques et les Provinces-Unies formèrent le nouveau royaume des Pays-Bas. Quels furent les habitants des départements séparés qui perdirent la nationalité française et qui reprirent leur qualité de Belges?

La séparation a le même effet que l'annexion : tous ceux qui, par la réunion, étaient devenus Français, et qui, sans la réunion, auraient été Belges, ont repris leur ancienne nationalité. Ainsi sont redevenus Belges ceux qui, lors de la réunion, étaient naturels belges, et qui étaient devenus Français par annexion. Il en est de même de leurs enfants, les *ante nati,* comme dit lord Coke, et les *post nati.* Quant aux premiers il n'y a aucun doute; ils ont changé personnellement de nationalité par la réunion; la séparation les rend à leur ancienne patrie. Ceux qui sont nés, pendant la réunion, d'un naturel belge étaient, à la vérité, Français de naissance, mais ils ne l'étaient que par suite de l'annexion de leurs pères, car sans l'annexion, ils auraient été Belges, comme nés d'un père belge, donc

(1) Voyez mes *Principes,* t. I, p. 459, n[os] 355-366.

ce sont des naturels belges, et, partant, ils changent de nationalité par suite de la séparation. La question est cependant controversée. Je renvoie à mes *Principes de droit civil* (t. I, n° 362).

Je suis en désaccord avec la cour de cassation de France sur un point. On suppose que le père, naturel belge, est décédé pendant la réunion. Le fils, né en France, deviendra-t-il Belge par la séparation, ou restera-t-il Français? J'ai enseigné qu'il devient Belge, et la cour de cassation décide qu'il reste Français. Il faut appliquer le principe de Pothier et de lord Coke; c'est un naturel belge, *post natus*, il est devenu Français par suite de la réunion, car sans la réunion il serait certainement né Belge; donc il doit changer de nationalité par la séparation. Est-ce que le décès du père modifie le principe? Non, car ce n'est pas à raison du changement de nationalité du père que l'enfant change de patrie; il est frappé directement par la séparation comme n'étant devenu Français que par la réunion; donc il devient Belge par la séparation. On ne peut pas l'assimiler aux Français naturels, comme le fait la cour de cassation; quoique né en France, il n'est devenu Français que par suite de la réunion de la Belgique à la France; donc il doit cesser d'être Français en vertu de la séparation.

228. Que faut-il décider des Belges qui restèrent en France après la séparation? Ici il y a un motif de douter. Dans l'ancien droit, on admettait que ces naturels étrangers, devenus Français par la réunion, restaient Français malgré la séparation : ils reconnaissent toujours le roi de France comme leur souverain, dit Pothier. Dans l'espèce, ils n'ont pas reconnu le roi des Pays-Bas, puisqu'ils ont continué à résider en France; la plupart s'y étaient mariés avec des Françaises, ils y exerçaient un commerce ou une industrie, ils y occupaient même des fonctions. Malgré toutes ces considérations, il faut maintenir le principe, dont Pothier dévie, pour conserver la nationalité française à ceux qui, d'après la rigueur du droit, doivent la perdre. Ce n'est pas la résidence qui détermine le changement de nationalité; la séparation frappe, non ceux

qui habitaient les anciennes provinces belgiques pendant la réunion, elle frappe tous ceux qui ne sont devenus Français que par la réunion, quelle que soit, du reste, leur résidence. Et le changement de nationalité qui se fait lors d'une réunion ou d'une séparation n'est pas fondé sur la reconnaissance que font les naturels réunis ou séparés de tel ou tel souverain; j'ai rejeté ce principe qui n'est qu'une fiction (n° 224); je dois aussi rejeter les conséquences que l'on en déduit.

229. Il ne faut pas confondre avec les naturels belges restés en France après 1814, ceux qui, avant la réunion de la Belgique à la France, avaient acquis la qualité de Français par la naturalisation. Ils étaient Français lors de la réunion; ils n'ont donc pas changé de nationalité par la réunion; dès lors ils ne peuvent pas changer de patrie par la séparation : annexion et séparation sont pour eux des faits aussi étrangers qu'ils le sont pour les naturels français, car ils sont assimilés aux naturels. Par application de ce principe, il faut décider que les enfants nés d'un Belge en France avant la publication du code civil sont devenus Français en vertu de la loi française, qui réputait naturels tous ceux qui naissaient sur le territoire de la France; ils ne doivent pas leur qualité de Français à la réunion de la Belgique à la France, ils la doivent à leur naissance sur le sol français. Partant la séparation leur est étrangère. Il en serait autrement des enfants nés du même père après la publication du code civil; ils sont nés d'un naturel belge et ne deviennent Français que par la réunion de la Belgique à la France; ils perdent cette qualité par la séparation, tandis que leur père est devenu Français indépendamment de la réunion ; c'est, il est vrai, par suite de la réunion que leur père habitait la France, mais cela est indifférent, car la naissance même fortuite sur le sol français suffit pour imprimer la nationalité française à l'enfant né d'un étranger.

230. Quelle est la condition des Français qui, après la séparation de 1814, restèrent en Belgique? Ils ont conservé leur nationalité française. La séparation affecte seulement la condition de ceux qui étaient devenus Fran-

çais par la réunion; elle n'affecte pas l'état des étrangers : n'ayant pas changé de nationalité par la réunion, ils ne peuvent pas changer de patrie par la séparation. Il en serait ainsi quand même le Français aurait déjà habité la Belgique lors de la réunion; car il n'est pas devenu Français par la réunion, il l'était avant la réunion, et il aurait été Français quand même il n'y aurait jamais eu d'annexion; donc il reste après la séparation ce qu'il était avant la réunion.

Il en faut dire autant des enfants nés en Belgique de parents français; ils sont Français naturels, la séparation ne peut pas affecter leur état; ils auraient été Français sans la réunion; ils restent Français après la séparation.

231. Que faut-il décider des femmes mariées avec des naturels belges? Par leur mariage, elles sont devenues Belges; quand le mari change de nationalité par la réunion de la Belgique à la France, la femme aussi change de patrie. Il est vrai qu'en droit français on admet comme principe que le mari ne peut pas disposer de la nationalité de sa femme en changeant de patrie pendant le mariage. Mais ce principe ne reçoit pas d'application à l'annexion; celle-ci ne se fait point par la volonté du mari : c'est un événement politique de force majeure qui entraîne le changement de nationalité, et c'est par ce même fait que la femme change de patrie. Vainement dirait-on que les hommes ont été appelés à voter pour la réunion et que les femmes n'ont point participé au vote : en supposant même que ce vœu ait été vrai et sincère, et on doit le supposer légalement, le vote n'a pas déterminé la natiolité des votants. Ceux qui ont voté contre la réunion sont devenus Français aussi bien que ceux qui ont voté pour : la réunion a donc été un fait collectif et non individuel, par conséquent, elle a frappé toute la nation, hommes, femmes et enfants. Il suit de là que les femmes des naturels belges ont repris leur nationalité antérieure, lors de la séparation. C'était un nouveau changement de nationalité; et cette fois, il ne fut plus question de vote. La séparation était l'effet de la conquête; elle frappa tous ceux qui

par la réunion étaient devenus Français, donc les femmes mariées.

232. La France elle-même subit un démembrement après la seconde invasion; par le traité de Paris du 30 novembre 1815, plusieurs communes furent détachées du royaume pour être réunies au royaume des Pays-Bas. C'était une annexion en même temps qu'une séparation. Il faut donc appliquer le principe de Pothier. Les naturels français de ces communes, c'est-à-dire les Français qui y étaient nés perdirent leur nationalité, peu importait qu'ils y eussent ou non leur domicile. Par contre, les Français qui habitaient ces communes, sans y être nés, conservèrent leur nationalité. Leur condition s'empira par l'annexion des communes françaises au royaume des Pays-Bas; en continuant à habiter un pays étranger, sans esprit de retour, ils finirent par perdre leur qualité de Français sans devenir Belges; ils auraient pu profiter du bénéfice de l'article 133 de la Constitution belge; ne l'ayant pas fait, ils n'avaient plus de patrie. La loi du 27 septembre 1835 (art. 14) est venue à leur aide; elle porte qu'ils seront réputés Belges, à charge de faire dans le délai d'un an la déclaration prescrite par l'article 10 du code civil. Ceux qui n'ont pas fait cette déclaration sont restés étrangers et sans patrie.

233. La révolution de 1830 sépara la Belgique du royaume des Pays-Bas. Quelle a été l'influence de cette séparation sur la nationalité des habitants des provinces belgiques et des provinces du Nord? J'ai déjà dit que, dans mon opinion, la révolution opéra instantanément comme la conquête (n° 224). Reste à savoir sur qui elle opéra? Il faut appliquer le principe de Pothier : sont Belges tous les naturels de Belgique. On doit réputer naturels :

1° Ceux qui sont nés de parents belges, quand même ils seraient nés dans les provinces septentrionales; en effet, d'après le code Napoléon, qui régissait encore le royaume des Pays-Bas en 1830, les enfants suivent la condition de leur père, quand même ils seraient nés en pays étranger (art. 10).

2° Ceux qui sont nés en Belgique de parents étrangers

qui y étaient domiciliés, pendant l'existence du royaume des Pays-Bas. C'était la disposition de la loi fondamentale de 1815 (art. 8) ; cette loi a perdu sa force obligatoire, par suite de la révolution. Ceux qui sont nés en Belgique, après la révolution, de parents étrangers sont régis par le code civil (art. 9); ils peuvent réclamer la qualité de Belge dans l'année de leur majorité. Je renvoie à ce qui a été dit ci-dessus (n[os] 21-30).

3° Ceux qui avaient obtenu la naturalisation. La loi fondamentale (art. 10) donnait au roi le droit, pendant une année, d'accorder l'indigénat aux étrangers domiciliés dans le royaume. De fait, il accorda des lettres de naturalisation après ce délai. Quel en est l'effet? Il a été jugé que ces lettres ne conféraient pas l'indigénat, puisque le roi n'avait plus le droit de l'accorder après un an; on doit donc considérer ces étrangers naturalisés par le roi des Pays-Bas, comme Belges, mais ne jouissant pas des droits que l'article 8 de la loi fondamentale réservait aux indigènes (1). Reste une difficulté. Les étrangers naturalisés sont devenus Néerlandais, c'est-à-dire citoyens du royaume des Pays-Bas. Après la dissolution du royaume, étaient-ils Belges ou Hollandais? La loi du 27 septembre 1835 a décidé la question en déclarant Belges ceux qui étaient domiciliés en Belgique, au 1[er] décembre 1830, et qui ont continué d'y résider.

234. Le traité du 14 avril 1839 démembra les provinces de Luxembourg et de Limbourg; une partie resta à la Belgique, une autre fut attribuée au roi des Pays-Bas. Quelle fut l'influence de la cession sur la nationalité des Luxembourgeois et des Limbourgeois cédés? La cession frappe les *naturels* du territoire. Sont naturels, sans doute aucun, ceux qui sont nés, dans le Luxembourg cédé et dans le Limbourg cédé, de parents luxembourgeois et limbourgeois. Ce sont les naturels proprement dits; et ils restent tels, alors même qu'ils seraient domiciliés dans une autre province de la Belgique, car la qualité de *naturel* d'un pays, d'une province ou d'une commune

(1) Arrêt du 29 juillet 1861 (*Pasicrisie*, 1862, 1, 100).

se détermine par la *naissance*, et ne se perd pas par le changement de résidence. Mais la cession ne frappe pas les habitants du Luxembourg et du Limbourg cédés qui n'y étaient pas nés; ils conservent leur nationalité, soit belge, soit étrangère. Ils ne sont pas Luxembourgeois ou Limbourgeois, donc ils ne sont pas *cédés*, et partant, ils restent après la cession ce qu'ils étaient avant la cession.

Faut-il aussi considérer comme Luxembourgeois ou Limbourgeois ceux qui sont nés dans les parties cédées de parents non luxembourgeois ou limbourgeois, et ceux qui naissent en Belgique de parents appartenant aux provinces cédées? La question est controversée. Il s'agit de savoir si l'on doit appliquer au démembrement d'une province le principe qui régit la cession d'un pays. Il est certain qu'en théorie il y a une différence. Il n'y a pas de nationalité luxembourgeoise tant que le Luxembourg forme une province du royaume de Belgique; il n'y a pas neuf nationalités en Belgique, il n'y en a qu'une, laquelle s'acquiert par la descendance d'un Belge. On appelle Luxembourgeois ceux qui sont nés dans le Luxembourg, comme on appelle Gantois ceux qui sont nés à Gand. Faut-il, pour être Gantois, naître à Gand d'un Gantois? Non; les enfants nés à Gand d'un père luxembourgeois sont Gantois, et partant Flamands orientaux: par identité de raison, il faut dire que l'on est Luxembourgeois parce qu'on naît dans le Luxembourg, de sorte que ceux qui y naissent d'un père gantois sont Luxembourgeois : la race exerce une influence sur la nationalité, elle n'en exerce point sur la qualité de Gantois ou de Luxembourgeois. Je suppose qu'un enfant naisse à Paris d'un Luxembourgeois : dira-t-on de lui qu'il est Luxembourgeois? Non certes, on dira qu'il est Belge, si son père est Belge, mais il sera Parisien de naissance. Et si un enfant naissait dans le Luxembourg d'un Français parisien, on dirait qu'il est Français de race, et Luxembourgeois de naissance. Pour mieux dire, il ne serait plus question de la qualité que donne la naissance, car, en réalité, elle n'en donne aucune; on est Flamand oriental ou occidental, suivant que l'on naît à Gand ou à Bruges. Mais où est la

différence entre un Flamand oriental et un Flamand occidental? Il n'y en a aucune. On se rattache à une province, parce qu'on est né dans une commune de la province, or, la qualité d'habitant d'une commune se détermine par la naissance et non par la race ou la nationalité.

Ne faut-il pas conclure de là que la naissance dans une commune cédée détermine exclusivement la qualité de Luxembourgeois ou de Limbourgeois? C'est mon avis. Cette opinion n'a pas trouvé faveur, la cour de cassation de Belgique l'a repoussée. Je vais exposer les motifs sur lesquels cette jurisprudence se fonde, en y ajoutant mes doutes. La cour part du principe que la nationalité et le changement de nationalité d'une province ou d'une fraction de province se déterminent par les principes qui régissent la réunion ou la séparation d'un pays. C'est ce qu'il faut démontrer : « La substitution d'une nationalité nouvelle à la nationalité primitive, dit la cour, s'opère dans tous les cas : qu'il s'agisse du démembrement d'un Etat, ou de son absorption par un autre, qu'il s'agisse d'annexion ou de séparation de provinces. » Sans doute, il y a changement de nationalité dans tous les cas, mais il s'agit de savoir qui change de nationalité? Quand c'est un pays ayant une nationalité qui est cédé, il n'y a pas de doute, tous les *naturels* perdent leur ancienne patrie, et en acquièrent une nouvelle. Mais quand c'est une province ou une fraction de province qui est cédée, il faut voir qui sont les naturels cédés ; ce sont des Belges luxembourgeois, il faut donc être *Luxembourgeois* et Belge pour être compris dans la cession; naît alors la difficulté de savoir qui est *Luxembourgeois?* Peut-on appliquer ici le principe de *nationalité?* Non, car il n'y a pas de nationalité luxembourgeoise; s'il y en avait une, ceux qui sont cédés auraient eu deux nationalités, et partant deux patries, une patrie belge et une patrie luxembourgeoise : ce qui est absurde. Les habitants cédés n'avaient qu'une patrie, la Belgique. Qui est cédé? Les Luxembourgeois. Qui est Luxembourgeois? Puisqu'il n'y a pas de nationalité luxembourgeoise, il faut dire que la qualité de Luxembourgeois est une circonscription administrative, à la-

quelle on appartient uniquement par sa naissance dans une commune de la province ; d'où la conséquence, que *tous* ceux qui *naissent* dans ces communes sont Luxembourgeois, quand même leurs parents seraient flamands, et par contre, que ceux qui naissent dans une autre province ne sont pas Luxembourgeois, quand même leurs parents le seraient. S'il n'y a point de nationalité provinciale, il faut en conclure que l'on ne peut pas appliquer à la cession d'une province les principes qui régissent le changement de nationalité. Ce serait créer une nationalité fictive, et l'interprète ne peut pas créer de fiction.

La cour de cassation admet qu'il y a une nationalité luxembourgeoise ou limbourgeoise, sans tenir compte de la différence qui existe entre l'Etat et une subdivision administrative de l'Etat. Puis elle applique à la cession d'une province les principes qui régissent la cession d'un Etat. Si ce que je viens de dire est exact, l'argumentation analogique cloche, car il n'y a pas analogie. Si la Belgique était cédée à la France, on devrait dire : Sont Belges, tous ceux qui naissent d'un père belge, peu importe le lieu de leur naissance ; quand même ils seraient nés en pays étranger, ils sont néanmoins Belges ; par contre, les étrangers qui seraient nés sur le sol belge ne sont point Belges, et partant ne seraient pas compris dans la cession. Mais je suppose que la ville de Mons soit cédée à la France ; dira-t-on que sont Montois tous ceux qui sont nés d'un père montois ; de sorte que les enfants nés d'un Montois à Gand seraient Montois ; tandis que les enfants nés à Mons d'un Gantois ne seraient pas Montois? Ce serait encore une fois créer une nationalité montoise qui n'existe point. On n'a jamais considéré comme Montois ceux qui ne sont pas nés à Mons, ni comme Gantois ceux qui ne sont pas nés à Gand. Ce que je dis de la naissance dans une ville s'applique à la naissance dans une province, car c'est la naissance dans la commune d'une province qui nous rattache à la province. Donc, il n'y a pas plus de nationalité provinciale qu'il n'y a de nationalité communale.

La cour de cassation, au lieu de s'en tenir à la nais-

sance dans la commune, applique le principe de filiation. Ce principe est évident quand il s'agit de la nationalité; il est faux quand il s'agit de savoir si l'on est Montois ou Gantois. Et si le principe est faux, les conséquences doivent être fausses. Un enfant naît d'un Gantois à Mons, il n'est pas Montois, dit la cour, il est Gantois, partant, il ne sera pas cédé avec la ville de Mons, ni avec le Hainaut. Par contre, le fils d'un Montois né à Gand sera Montois, et, par conséquent, compris dans la cession de Mons ou du Hainaut. Ma conclusion est toute différente. Ceux qui sont nés à Mons sont Montois, peu importe à quelle province appartient leur père; ceux qui sont nés à Gand d'un père montois ne sont pas Montois; donc, ils ne seront pas cédés avec la ville de Mons ni avec le Hainaut.

On a dit, à l'appui de la jurisprudence, que mon opinion était contraire à l'intérêt des familles; qu'il en résulte. en effet, que des Belges, nés dans le Luxembourg et dans le Limbourg seront cédés, et perdront leur nationalité, quoique leurs parents soient étrangers au Luxembourg et au Limbourg. Je réponds que la question que j'examine est une question de droit, et que le droit se détermine par les principes et non par l'intérêt. D'ailleurs, les enfants nés dans les autres provinces, à Gand, par exemple, d'un père luxembourgeois, et qui sont cédés, dans la doctrine de la cour de cassation, pourraient aussi invoquer l'intérêt qu'ils ont à rester Belges. Cet intérêt peut être pris en considération par le législateur; une loi aurait pu déclarer que les enfants nés dans les provinces cédées de pères non luxembourgeois ni limbourgeois, et les enfants nés dans les autres provinces de parents luxembourgeois ou limbourgeois conserveront leur nationalité belge. Mais la loi faite en faveur des provinces cédées ne dit pas cela, et pour le moment, il s'agit des principes, abstraction faite de ce que les lois pourraient décider (1).

(1) Arrêt de rejet, du 9 mars 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 1, 132) et arrêt de cassation du 31 janvier 1876 (*Pasicrisie*, 1876, 1, 100). *Revue de l'Administration*, 1879, p. 189, note.

N° 2. LES LOIS DE FAVEUR.

235. Quand, à la suite de guerres ou de révolutions, des territoires sont séparés de la patrie à laquelle ils appartenaient, les traités ou les lois viennent diminuer les souffrances, suite inévitable des déchirements politiques, en faisant une part aux intérêts et aux sentiments froissés. On trouve déjà de ces mesures de réparation dans l'ancien droit; je ne puis pas entrer dans ces détails sans donner une étendue démesurée à cette étude; je me borne donc aux temps modernes, à commencer par la chute de l'empire français. Les traités du 30 mai 1814 (art. 17) et du 20 novembre 1815 (art. 7) contenaient la disposition suivante : « Dans tous les pays qui changeront de *maître*, tant en vertu du présent traité que des arrangements qui doivent être faits en conséquence, il sera accordé aux habitants, *naturels* et *étrangers* de quelque condition ou nation qu'ils soient, un espace de six ans, à compter de l'échange des ratifications, pour disposer, s'ils le jugent convenable, de leurs propriétés, et *se retirer dans tel pays qu'il leur plaira* de choisir. » On a dit que l'Europe entière, représentée dans ces traités célèbres, donnait, par cette disposition, une éclatante sanction au *droit d'opter* (1). A vrai dire, les traités ne parlent pas du *droit d'opter*, ils consacrent le droit d'émigrer, sans que les émigrants en pussent être empêchés, et sans qu'ils fussent soumis à un impôt quelconque à raison de leur émigration. Voilà la seule faveur que les grandes puissances accordaient à ceux qui changeaient de *maître*; elles ne songeaient pas à une option entre deux nationalités; le mot et la chose leur étaient inconnus ou indifférents; le nouveau *maître* que les traités imposaient à des populations entières ne leur convenait-il pas, ils avaient le droit de vendre leurs biens, et de s'établir où ils voudraient, mais ce droit était limité à six ans. Après ce délai, on rentrait dans le vieux droit monarchique, qui ne reconnaissait pas la faculté d'émigrer, ou qui ne le

(1) *Journal du droit international privé*, de Clunet, t. I, p. 168.

permettait que moyennant une retenue, la *gabella emigrationis*. En France, on fit une loi spéciale, en date du 14 octobre 1814; elle donnait aux habitants des pays détachés de la France le droit de conserver leur qualité de Français, sous la condition de déclarer leur volonté et d'obtenir du gouvernement des lettres de naturalité (1). On a reproché à cette loi de faveur d'être dure et sévère (2). Il est vrai que l'ancien droit, tel que Pothier l'expose, était plus favorable : les *naturels* des provinces cédées conservaient la qualité de Français de plein droit, en venant s'établir dans une province de la domination française. Pothier supposait que les naturels des pays cédés changeaient de nationalité, parce qu'ils reconnaissaient un autre souverain; il en concluait que ceux qui restaient en France ou venaient s'y établir conservaient leur nationalité (n° 223). J'ai combattu cette doctrine; les lois de faveur, portées à l'occasion de la séparation des départements réunis, viennent à l'appui de ce que j'ai dit. La conquête dénationalise, comme elle nationalise; donc tous les naturels des départements séparés cessaient d'être Français, et ils acquéraient la nationalité que les traités de Paris et de Vienne leur attribuaient. C'est la dure loi du plus fort. Devenant étrangers, il fallait une loi pour leur conserver la qualité de Français. Tel fut l'objet de la loi de 1814; elle exigeait que les naturels des provinces séparées résidassent en France, ou vinssent s'y fixer, en déclarant leur volonté de rester Français. C'est le vrai principe; comme ils acquéraient une nouvelle patrie en vertu des traités de 1814 et de 1815, ils devaient opter; leur maintenir de plein droit la nationalité française, c'eût été leur donner deux patries. Mais la loi de 1814 allait plus loin, elle soumettait les naturels des départements séparés aux conditions prescrites par la constitution de l'an VIII, pour devenir Français, et elle ne leur donnait pas même la plénitude de la qualité de Français, car ils ne

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 100 donne le texte de la loi (§ 38 de la 4e édition).
(2) Valette sur Proudhon, t. I, p. 130 et suiv. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. I, p. 223, n° 178.

jouissaient pas des droits pour l'exercice desquels la grande naturalisation était requise : c'était donc une *naturalisation*, soumise à des conditions restrictives, et entraînant une diminution d'état. Cela est illogique.

236. Le traité d'Aix-la-Chapelle, du 26 juin 1816, a donné lieu à une difficulté analogue. Ce traité a fixé les limites entre le royaume des Pays-Bas et la Prusse. Par suite de cette délimitation, des communes qui avaient été belges devinrent prussiennes. Le traité (art. 37) disposa que les habitants qui passeraient d'un Etat à l'autre pourraient changer de domicile dans le délai de quatre ans, sans être assujettis à aucune charge ou condition quelconque; le traité leur permettait de vendre leurs biens, sans être tenus de payer d'autres droits que les indigènes. Ceux qui étaient nés dans une commune cédée à la Prusse sont-ils devenus Belges de plein droit, ou ont-ils conservé cette qualité par le fait seul de leur établissement en Belgique? D'après les principes que je viens d'établir, il faut décider la question négativement. La cession à la Prusse a eu pour effet de dénationaliser les naturels cédés, ils sont devenus Prussiens ; pour conserver leur qualité de Belge, il eût fallu une mesure de faveur, telle que la loi de 1814. L'article 37 du traité contient-il une disposition analogue? Il reproduit les traités de 1814 et de 1815, en consacrant la liberté d'émigrer pendant quatre ans, sans que les émigrés soient soumis à la *gabella emigrationis*. Là s'arrête la faveur, si faveur il y a. Le traité ne dit rien de la conservation de la nationalité belge; dans le silence du traité, il eût fallu une loi, et il n'y en a pas : ce qui est décisif.

La cour de cassation a jugé, en sens contraire, au rapport de M. De Cuyper, un des magistrats les plus distingués que la Belgique ait possédés. Le respect que j'ai pour sa mémoire m'oblige à motiver mon dissentiment, et ayant contre moi une pareille autorité, je me permets seulement d'émettre des doutes. La cour dit que l'article 37 a eu pour but principal d'assurer aux habitants qui perdaient leur nationalité par la cession d'une commune où ils étaient nés, un moyen de recouvrer la qualité de Belge, en les

autorisant à établir leur domicile en Belgique. Cela est douteux, en présence des stipulations analogues des traités de Paris ; le but n'était-il pas plutôt de permettre l'émigration sans aucune charge? La cour invoque la raison, l'équité et le respect des droits acquis en faveur des habitants cédés. J'admets volontiers toutes ces considérations, sauf le droit acquis, dont il ne peut s'agir en matière d'état ; mais ces motifs sont à l'adresse du législateur, l'interprète n'en peut tenir aucun compte. Les lois portées en France et en Belgique, à l'occasion d'une cession de territoires, que la cour de cassation invoque, ne témoignent-elles pas contre son interprétation? Il a fallu des lois de faveur pour conserver leur nationalité aux naturels des provinces cédées ; donc, il en aurait fallu une pour les habitants des communes cédées à la Prusse par le traité de 1816 ; or de loi, il y en a pas, et le texte cité garde le silence sur la nationalité (1).

237. La loi fondamentale de 1815 contient un article que l'on peut considérer comme une disposition de faveur : l'article 8 déclare admissibles aux plus hautes fonctions ceux qui étaient nés dans le royaume de parents y domiciliés et qui habitaient les Pays-Bas. Conçue en termes absolus, cette disposition recevait son application au passé comme à l'avenir. C'était un retour à l'ancien droit, en vertu duquel la nationalité se déterminait par la naissance sur le territoire d'un pays. Il en résultait que les enfants nés en Belgique de parents français qui y avaient leur domicile, devinrent Belges de plein droit, sans déclaration aucune de volonté. La loi a été interprétée en ce sens, par la cour de cassation de Belgique, sur les conclusions conformes et fortement motivées du procureur général, M. Leclercq. Je crois que la décision n'est pas douteuse. Si l'on compare la loi fondamentale ainsi expliquée à la loi française de 1814, on trouvera la loi belge bien plus favorable. Elle accorde la grande naturalisation de plein droit aux enfants nés en Belgique de parents français, sans condition aucune, sauf leur établissement dans les

(1) Cassation, 7 août 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 1, 448).

Pays-Bas. On peut dire que la faveur était excessive : il fallait, ou exiger une déclaration, comme le fait le code civil, ou permettre aux enfants de faire une déclaration d'extranéité. Car voici à quoi aboutit le système de la loi fondamentale ; c'est que les enfants nés d'un Français en Belgique avaient deux patries : en vertu du code civil ils étaient Français de plein droit, et en vertu de la loi fondamentale, ils étaient Belges de plein droit.

La loi fondamentale n'exige qu'une condition, c'est que les parents soient domiciliés dans les Pays-Bas. Il est difficile de dire ce que la loi entendait par domicile : ce n'est pas le domicile que l'étranger acquiert en vertu de l'autorisation qu'il obtient du roi, et qui, d'après le code Napoléon (art. 13), lui donne la jouissance des droits civils. Cette disposition n'a rien de commun avec la nationalité. On ne peut pas même dire que le domicile dont parle la loi fondamentale soit le domicile civil du code Napoléon (art. 102) ; les termes hollandais semblent seulement exiger une résidence fixe (1). Du reste, en fait, la plupart des Français établis en Belgique y avaient une demeure fixe, ils s'y étaient mariés, y avaient un commerce, une industrie, une profession et avaient perdu tout esprit de retour en France. La loi fondamentale prononçait donc la naturalisation en masse de tous les Français nés en Belgique. Et d'un autre côté, elle ne contenait aucune disposition au profit des pères ; ceux-ci perdaient la nationalité française sans acquérir la nationalité belge. Le système était incohérent et peu juridique.

238. La Révolution belge de 1830 déchira le royaume des Pays-Bas, et en fit deux Etats distincts, il y eut dès lors des Belges et des Néerlandais. Ceux qui étaient nés, dans les provinces septentrionales, de parents belges, devinrent Belges en vertu de leur filiation, laquelle, dans le système du code civil, détermine la nationalité. Par contre, les enfants nés, en Belgique, de Néerlandais, suivaient

(1) *Gehuisvest, wettig wonende*. La cour de cassation dit qu'un *domicile de fait* suffit. Elle paraît entendre par là le domicile de l'article 102 (Rejet 24 février 1874, dans la *Pasicrisie*, 1874, 1, 121. Comparez Rejet, 13 août 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 1, 371).

la condition de leur père. A plus forte raison, les Néerlandais majeurs établis en Belgique étaient-ils citoyens du nouveau royaume des Pays-Bas. Ils ne pouvaient pas dire qu'ayant été naturels de l'ancien royaume, ils étaient Belges autant que Hollandais, et qu'ils entendaient rester Belges. C'eût été opter pour l'une des nationalités créées par la Révolution. Or, la Révolution, fait de force majeure, rompait, à la vérité, l'union, et créait deux nationalités là où il n'y en avait eu qu'une, mais elle ne donnait pas le droit de choisir. Il fallait pour cela une loi. Tel fut l'objet de la loi du 22 septembre 1835. Aux termes de l'article 1er, les habitants des provinces septentrionales de l'ancien royaume des Pays-Bas qui étaient domiciliés ou qui sont venus demeurer en Belgique avant le 1er février 1831 (date de la publication de la Constitution belge) et qui ont depuis lors continué d'y résider, sont considérés comme Belges de naissance. La loi n'exige pas de ces Néerlandais une déclaration; elle présume leur volonté, par le seul fait de leur établissement en Belgique. Il en résultait un inconvénient; c'est qu'ils avaient deux patries; en effet, le fait de s'établir en Belgique ne leur faisait pas perdre la qualité de Néerlandais, à moins qu'ils ne s'y fussent fixés sans esprit de retour. C'est toujours un mal qu'une double patrie : on peut le prévenir, en exigeant la déclaration de vouloir être Belges, ou, ce qui vaut mieux, en permettant de faire une déclaration d'extranéité.

239. La Constitution belge contient aussi une disposition de faveur. Je viens de dire (n° 237) que les enfants nés en Belgique de parents qui y étaient domiciliés pendant l'existence du royaume des Pays-Bas sont devenus Belges; les étrangers domiciliés en Belgique sans y être nés ne pouvaient invoquer le bénéfice de l'article 8 de la loi fondamentale. C'était une anomalie. Beaucoup de Français étaient venus s'établir en Belgique pendant la réunion de la Belgique à la France; ils continuèrent à résider après 1814; cette longue communauté d'existence, d'intérêts, de sentiments, les avait nationalisés de fait. La Constitution décida (art. 133) que les étrangers établis en Belgique avant le 1er février 1814, et qui avaient continué

à y être domiciliés, seraient considérés comme Belges de naissance, à condition de déclarer que leur intention était de jouir de ce bénéfice. Cette déclaration a dû se faire dans les six mois de la publication de la Constitution.

Il arrive régulièrement que les déclarations d'intention prescrites par les lois pour conserver ou acquérir une nationalité ne se font point, soit par ignorance, soit par négligence. Les étrangers qui ne firent pas la déclaration exigée par l'article 133 de la Constitution dans le délai légal ne pouvaient plus obtenir la qualité de Belge que par la grande naturalisation, c'est-à-dire en rendant des services éminents à l'Etat. C'était les exclure de l'indigénat. La loi du 27 septembre 1835 sur la naturalisation (art. 16), considérant que des circonstances indépendantes de leur volonté avaient pu empêcher des étrangers de faire la déclaration, leur permit de demander la grande naturalisation, en justifiant de ce fait, et sans être soumis aux conditions ordinaires. On voit que cette nouvelle faveur est subordonnée à des restrictions. La grande naturalisation est accordée par le pouvoir législatif, et il peut la refuser, tandis que d'après la Constitution les étrangers domiciliés en Belgique depuis 1814 acquéraient l'indigénat de plein droit, par une simple déclaration de volonté. De plus, les étrangers qui demandent la naturalisation doivent justifier qu'ils ont omis de faire la déclaration par des circonstances indépendantes de leur volonté. L'ignorance de la loi est-elle une de ces circonstances? Cela est douteux, puisque les lois publiées sont présumées connues de tous ceux qui ont intérêt à les connaître. Bien moins encore l'oubli est-il une excuse. Cela témoigne contre le législateur plutôt que contre les étrangers qui n'usent pas du bénéfice qu'il leur accorde. Ces étrangers étaient devenus Belges de fait, et ils avaient cessé d'être Français : pourquoi ne pas les déclarer Belges de droit, sans déclaration aucune, sauf à leur permettre de faire dans un certain délai une déclaration d'extranéité? J'ajouterai que les exceptions que le législateur belge est à chaque instant obligé de faire à la condition de services éminents exigée pour la grande naturalisation, témoi-

gnent également contre le principe de la loi. J'ai déjà fait des réserves à cet égard.

240. En 1839, il s'accomplit en Belgique une de ces séparations douloureuses imposées par la politique, et qui nécessitent des lois de faveur, pour mieux dire de réparation. La Constitution déclare Belges les habitants du Luxembourg et du Limbourg, dans les limites qu'avaient en 1830 ces deux provinces qui faisaient partie du royaume des Pays-Bas, au même titre que les sept autres provinces, en vertu des traités de 1815. La ville de Luxembourg était dans une situation spéciale, c'était une forteresse appartenant à la Confédération germanique et occupée à ce titre par des troupes prussiennes; le roi des Pays-Bas faisait partie de la Confédération germanique comme grand-duc de Luxembourg. C'est à raison de ces liens qui attachaient la province de Luxembourg à l'Allemagne que les grandes puissances refusèrent de la considérer comme belge; et pour conserver néanmoins à la Belgique ses neuf provinces, la diplomatie se décida à morceler le Luxembourg et le Limbourg, en laissant à la Belgique deux lambeaux de province, et en donnant à la Confédération les parties qui en étaient détachées. Aujourd'hui l'œuvre de la diplomatie est aussi en lambeaux; il n'y a plus de Confédération germanique, plus de forteresse fédérale, elle est démolie; le Grand-Duché de Luxembourg est en dehors de l'empire allemand, et forme un Etat à part sous la domination du roi des Pays-Bas. Je suis une des victimes de la diplomatie; il doit m'être permis de protester contre le trafic de territoires auquel elle prête la main. Né sous le premier Empire, à Luxembourg, je suis Français de naissance, en 1814 je deviens Néerlandais de par la conquête, en 1830 la Révolution me fait Belge, tandis qu'à Luxembourg je suis toujours Néerlandais, j'ai deux patries jusqu'en 1839; les traités me détachent de la Belgique, je cesse d'être Belge, et je perds en même temps ma nationalité néerlandaise, comme occupant des fonctions publiques en Belgique. Me voilà sans patrie, jusqu'à ce que j'eusse fait la déclaration moyennant laquelle les Limbourgeois et les Luxembour-

geois conservaient leur nationalité belge; après avoir fait cette déclaration je fus considéré comme ayant toujours été Belge. J'ai donc quatre fois changé de nationalité, et toujours sans le vouloir ou même sans le savoir. Quand cette diplomatie, qui dispose des populations comme d'une dépendance des terres, fera-t-elle place à la souveraineté des nations? La Belgique se dit souveraine; non, elle ne l'est pas, puisque les traités l'ont dépouillée malgré elle d'une partie de son territoire, et d'une partie de ses habitants, qui étaient Belges depuis qu'il y a des provinces belgiques. Que le lecteur veuille bien excuser ce retour sur moi-même; on n'arrache pas la patrie de l'âme par un trait de plume, ni par la violence. Vainement par le bénéfice de la loi m'a-t-on déclaré Belge, je suis un Belge fictif, puisque les lieux où j'ai vu le jour n'appartiennent plus à la Belgique. On m'a donc ravi une patrie : je conteste ce droit à la diplomatie et je proteste!

J'arrive à la loi de réparation, loi imparfaite, mais c'est tout ce que le législateur pouvait faire, après que le sacrifice de la cession fut consommé. La loi du 4 juin 1839 porte, article 1er :

« Toute personne jouissant de la qualité de Belge, qui perdrait cette qualité par suite des traités du 19 avril 1839, peut la conserver, à la condition de déclarer que son intention est de jouir du bénéfice de la présente disposition et de produire en même temps un certificat de l'administration d'une commune située dans le territoire qui constitue définitivement le royaume de Belgique, que le déclarant a transféré son domicile dans cette commune.

« Cette déclaration devra être faite dans les les quatre ans, à compter du jour de l'échange des ratifications des traités prémentionnés, si le déclarant est majeur, ou s'il le devient avant le commencement de la quatrième année. S'il ne devient majeur qu'après cette époque, il aura la faculté de faire la déclaration dans l'année qui suivra sa majorité. »

Article 2 : « Les personnes assimilées par la loi aux Belges de naissance, ou ayant obtenu la naturalisation, qui ont leur domicile dans les parties cédées, conserveront

leur qualité, en se conformant, dans le même délai, aux dispositions de l'article 1er. »

241. La loi de 1839 a donné lieu à de nombreuses difficultés. Quelles sont les personnes qui doivent faire la déclaration qu'elle prescrit pour conserver leur nationalité? La loi répond : Ceux qui en vertu des traités perdent leur nationalité. Cela est logique. Mais reste à savoir qui perd la qualité de Belge par la cession d'une partie des provinces de Luxembourg et de Limbourg. Sur ce point il y a des doutes. J'ai exposé ci-dessus (n° 234) mon opinion et l'opinion contraire consacrée par la cour de cassation de Belgique.

La loi aurait mieux fait de déclarer quelles personnes doivent faire la déclaration et quelles personnes en sont dispensées. Ce qu'elle dit ne fait qu'augmenter le doute. Il est admis par tout le monde que les Belges, nés dans les autres provinces de parents non luxembourgeois ni limbourgeois, mais simplement domiciliés dans les communes cédées, ne perdent pas leur nationalité, et ne doivent pas faire de déclaration; dans mon opinion cela est évident, puisqu'ils ne sont pas nés dans les pays cédés, et cela est aussi évident dans l'opinion contraire, puisqu'ils ne sont pas naturels luxembourgeois ni limbourgeois. Cependant l'article 2 de la loi dit le contraire : pour une certaine catégorie de Belges, le domicile dans les parties cédées suffit pour qu'ils soient considérés comme Belges, et qu'ils doivent faire la déclaration. Des étrangers naturalisés en Belgique et domiciliés dans le Luxembourg cédé sont-ils compris dans la cession? Oui, dit l'article 2. Cela est contraire aux principes; ils ne sont pas nés dans le Luxembourg, ils ne sont pas naturels luxembourgeois; ce sont des Belges, mais ils ne sont pas plus Luxembourgeois que Namurois ou Liégeois; la loi crée donc une classe de Luxembourgeois fictifs en vertu de leur domicile dans le Luxembourg; cela est arbitraire, et cela est en opposition avec le principe de la loi qui est un acte de faveur, donc il eût fallu étendre la faveur au lieu de la restreindre. J'en dis autant des étrangers qui sont assimilés par la loi aux Belges de naissance :

tels sont les étrangers auxquels s'appliquent les dispositions de la loi fondamentale, et de la Constitution belge, à moins qu'ils ne soient nés dans les pays cédés. La seule qualité de Belges ne les fait pas Luxembourgeois ni Limbourgeois, et le domicile encore moins. Ou il faudrait dire que des Liégeois et des Namurois domiciliés dans le Luxembourg deviennent Luxembourgeois, et sont compris dans la cession, ce que personne n'a jamais soutenu.

242. La disposition concernant les *mineurs* donne également lieu à une difficulté que la cour de cassation a décidée dans le sens le plus favorable; mais je doute que la décision soit conforme au texte et à l'esprit de la loi de 1839. Un Luxembourgeois marié et ayant des enfants mineurs fait la déclaration prescrite par la loi de 1839; il conserve sa nationalité belge. Cette déclaration a-t-elle effet à l'égard de ses enfants mineurs? Le texte de la loi dit que les mineurs doivent faire leur déclaration dans l'année de leur majorité. De quels mineurs s'agit-il? De tous les mineurs, puisque la loi est générale, absolue, et l'interprète ne peut pas distinguer quand la loi ne distingue pas. Et la distinction ne résulte pas non plus des principes. La cession frappe tous ceux qui sont luxembourgeois, mineurs ou majeurs; tous perdent leur qualité de Belge. Qui la conserve? Celui qui en manifeste l'intention. La conservation de la qualité de Belge est donc un bénéfice individuel, subordonné à une déclaration; cette déclaration, personnelle à celui qui la fait, n'a d'effet qu'à son égard. Voilà pourquoi la loi veut que les mineurs fassent leur déclaration quand ils seront majeurs, elle ne permet à personne de faire la déclaration en leur nom; et rien de plus rationnel. Le mineur devenu majeur a deux droits, il est Luxembourgeois, et il a le droit de conserver sa qualité de Belge, il a donc une option à faire; c'est à lui seul de voir quelle est la nationalité qu'il préfère; son père n'avait pas le droit de lui enlever sa nationalité luxembourgeoise, pour mieux dire néerlandaise, et de lui imposer la nationalité belge.

La cour de cassation nous oppose une objection très

spécieuse (1). Le Luxembourgeois qui fait sa déclaration est censé n'avoir jamais perdu sa nationalité belge; ce principe est certain, j'y reviendrai. De là suit que, lors de la naissance de l'enfant mineur, son père était Belge, donc l'enfant aussi est Belge, un Belge ne pouvant pas avoir pour enfants des étrangers. L'argumentation cloche, me semble-t-il. Le père et l'enfant sont devenus étrangers par l'effet des traités de 1839 : l'un conserve sa nationalité, l'autre ne la conserve pas, donc le père a toujours été Belge, et l'enfant devient étranger. Il en serait ainsi, sans doute aucun, de l'enfant majeur, qui est cependant né Belge; partant il en doit être de même de l'enfant mineur. J'ajoute que la rétroactivité de la déclaration est une fiction, cette fiction est établie dans l'intérêt de celui qui fait la déclaration, elle ne peut pas profiter à celui qui ne la fait pas. En supposant même qu'en principe l'enfant mineur pût profiter de la rétroactivité, il reste à savoir si l'intention du législateur a été qu'il en profite. Il s'agit d'interpréter une loi de faveur; on doit donc voir avant tout ce que les auteurs de la loi ont voulu. Or, le texte ne laisse guère de doute, il parle des mineurs, donc de tous les mineurs; la cour de cassation est obligée, dans son système, de restreindre la disposition générale de la loi à certains mineurs, les orphelins et les mineurs dont le père ne fait point la déclaration. Etait-ce là l'intention du législateur de 1839? Il faudrait le prouver, et la cour ne le prouve pas. Il est certain que l'interprétation contraire à celle de la cour était généralement admise par le législateur lui-même. Ceci est un point très important dans le débat; car il s'agit de savoir ce que le législateur de 1839 entendait par le mot *mineurs*. Or, en 1853, le législateur, convaincu que les enfants mineurs, nés d'un père luxembourgeois ou limbourgeois qui avait fait la déclaration, avaient perdu la qualité de Belges, pour n'avoir pas fait eux-mêmes la déclaration après leur majorité, crut qu'il était équitable de les relever de la déchéance qu'ils avaient encourue; en conséquence la loi du 30 dé-

(1) Rejet, 29 janvier 1877 (*Pasicrisie*, 1877, 1, 91).

cembre 1853 disposa (art. 2) : « Toute personne née dans les parties cédées du Limbourg ou du Luxembourg de parent qui, *durant sa minorité*, a fait la déclaration prescrite par la loi du 4 juin 1839 est recevable, *si elle n'a perdu la qualité de Belge que pour n'avoir pas fait elle-même, en temps opportun, la déclaration exigée par cette loi*, à demander la grande naturalisation, sans qu'elle ait besoin de justifier qu'elle a rendu des services éminents à l'Etat. » Conçoit-on que le législateur de 1853 ait fait dire au législateur de 1839 le contraire de ce que celui-ci a voulu dire? S'il en était ainsi, il faudrait conseiller à nos législateurs de faire des lois que l'on puisse comprendre. Dans l'espèce, je crois que ce n'est pas le législateur qui s'est trompé; c'est la cour de cassation qui a eu tort de donner à la loi de 1839 un sens qui est contraire à son texte et à son esprit.

243. Je dois encore mentionner une loi du 1[er] juin 1878, interprétative de la loi du 4 juin 1839. Elle est ainsi conçue :

« Toute personne jouissant de la qualité de Belge, qui est née dans une des parties cédées du Limbourg ou du Luxembourg détachées de la Belgique par les traités du 19 avril 1839 et perdrait cette qualité par suite de ces traités, peut la conserver à la condition de déclarer que son intention est de jouir du bénéfice de la présente disposition, et de produire en même temps un certificat de l'administration d'une commune située dans le territoire qui constitue définitivement le royaume de Belgique, que le déclarant y a transféré son domicile.

« Les personnes *nées*, avant le 8 juin 1839, *sur le territoire de la Belgique*, de parents habitant ce territoire, qui ont perdu la qualité de Belges par suite des traités prémentionnés, conserveront cette qualité sans être soumises à la déclaration prescrite par le paragraphe précédent. »

Cette loi renverse la jurisprudence de la cour de cassation, sur le point fondamental de la loi de 1839. La cour jugeait que c'était la *filiation* qui déterminait la qualité de Luxembourgeois et de Limbourgeois; tandis que la loi

interprétative dit que c'est la *naissance*. C'est la doctrine que j'ai soutenue dans mes *Principes de droit civil*, et que la cour de cassation avait repoussée. Il est donc décidé que les Belges *nés* dans les pays cédés sont frappés par la cession, quelle que soit leur filiation, et que par contre les Belges *nés* sur le territoire actuel de la Belgique, ne sont pas compris dans la cession, quand même ils seraient nés d'un père luxembourgeois ou limbourgeois. La loi ne touche pas à la jurisprudence de la cour de cassation concernant les mineurs. Cette question reste donc entière : il est à regretter que le législateur n'ait pas consacré sur ce point la jurisprudence de la cour de cassation, puisqu'elle est favorable aux mineurs, quoique, à mon avis, elle soit contraire aux principes.

241. Il y a encore une loi récente que je dois mentionner. Cette multitude de lois ne témoigne pas pour leur perfection. C'est l'excuse de la longue étude que j'ai consacrée à la matière de la nationalité, en insistant sur les principes qui doivent, à mon avis, guider le législateur. Mon travail n'est pas encore complet. Avant de reprendre l'exposé des principes, je dois m'arrêter un instant sur la loi du 1er avril 1879. L'intitulé en fait connaître l'objet : « Loi relative à la qualité de Belge, en faveur des personnes qui ont omis de remplir ou qui ont imparfaitement rempli les formalités requises pour l'acquérir. » C'est la onzième loi, dit le rapporteur, M. Thonissen, que nous faisons depuis 1830 sur la matière ; et il est question de soumettre aux Chambres une nouvelle loi sur la naturalisation, et bientôt, je l'espère, un nouveau code civil qui modifie les bases mêmes de notre législation. La loi de 1879 vient au secours de ceux qui n'ont pas profité du bénéfice des lois antérieures :

1° L'enfant né en Belgique d'un étranger peut réclamer la qualité de Belge dans l'année de sa majorité, en faisant une déclaration d'intention. Je me suis longuement occupé de l'article 9 du code Napoléon, et de la modification qui devrait y être apportée (nos 109-118). La loi nouvelle vient à l'appui de ma critique. Malgré tout ce que fait le législateur, les étrangers négligent de faire la déclaration

prescrite par le code; la loi de 1879 accorde à ceux qui ne l'ont point faite un nouveau délai d'un an, et il faudra dans quelques années une nouvelle loi transitoire, à moins que l'on ne modifie le système du code Napoléon, dans le sens de la proposition que j'ai faite dans le projet de revision, et que j'ai reproduite dans cette étude.

La même faveur est accordée à ceux qui ont fait une déclaration nulle en la forme. Pourquoi la loi ou un arrêté royal ne règlent-ils pas la forme? Les formes, dans l'espèce, ne sont-elles pas une chose tout à fait secondaire? Dès que la personne intéressée se présente devant l'autorité compétente pour faire une déclaration d'intention, cela ne devrait-il pas suffire, quels que soient les termes de la déclaration? Je ne critique pas la jurisprudence rigoureuse de la cour de cassation, c'est le principe de la loi qui doit être changé. L'irrégularité de la déclaration n'est pas imputable au déclarant, elle est imputable au rédacteur, et cependant c'est le déclarant qui en subit les conséquences. Ne devrait-on pas appliquer le principe que l'on suit pour les déclarations reçues par l'officier de l'état civil? Pas de nullité, sauf à demander la rectification?

2° Les Luxembourgeois et les Limbourgeois cédés par le traité de 1839 ont pu conserver leur nationalité en faisant, dans le délai prescrit par la loi du 4 juin 1839, la déclaration de leur intention de rester Belges, et en établissant leur domicile en Belgique. Il y a des habitants cédés qui n'ont pas fait cette déclaration. La loi de 1879 leur donne une année pour la faire. Il en est de même, d'après les explications données par le ministre de la justice, si la déclaration était irrégulière ou nulle.

Quelles sont les personnes qui profitent du bénéfice de la loi nouvelle? Le rapporteur de la section répond, et cela est d'évidence, que la loi ne s'applique qu'à ceux qui avaient la faculté de conserver la qualité de Belge d'après la loi de 1839, et qui ont perdu leur nationalité pour n'avoir point fait la déclaration requise. Il faut ajouter que la loi de 1839 doit être entendue dans le sens de l'interprétation authentique qui lui a été donnée par la loi du

1[er] juin 1878. Une circulaire du ministre de la justice dit que l'article 2 de la loi de 1879 concerne les Limbourgeois et Luxembourgeois qui, *ayant transféré leur domicile dans une commune belge,* ont négligé de faire, dans le délai utile, la déclaration prescrite par la loi de 1839 (1). C'est uniquement sur le délai dans lequel la déclaration devait se faire que porte la loi nouvelle. Elle ne serait donc pas applicable aux Luxembourgeois et Limbourgeois qui seraient restés domiciliés dans les parties cédées; ils ont par là manifesté leur intention d'être Néerlandais : c'est une option sur laquelle ils ne peuvent pas revenir.

Il y a cependant une innovation à la loi de 1839; elle a été proposée par M. Thonissen, le rapporteur de la loi de 1879. Elle s'applique aux enfants nés depuis le 4 juin 1839. Ces enfants, nés Néerlandais, peuvent-ils acquérir la qualité de Belge en faisant une déclaration? L'article 4 ne parle pas de tous les enfants nés depuis les traités, mais seulement des enfants de ceux qui deviendront Belges en vertu de la loi nouvelle, et qui par conséquent habitent une commune belge, d'après la circulaire du ministre; ces enfants appartiennent à une famille qui s'est établie en Belgique, sans que le père ait fait la déclaration de nationalité. Quant aux familles qui sont restées établies dans les pays cédés, elles sont définitivement étrangères, les enfants sont nés étrangers et restent tels. L'innovation consiste donc en ceci, c'est que des enfants nés de parents qui, après les traités de 1839, se sont établis en Belgique, peuvent obtenir la qualité de Belge, bien que la loi de 1839 ne leur fût pas applicable, puisqu'ils n'étaient pas nés lors de sa publication. La loi de 1879 leur permet de réclamer la qualité de Belge dans le délai d'une année à compter de la publication de la loi, s'ils sont majeurs, et dans l'année qui suivra l'époque de leur majorité, s'ils sont mineurs, en remplissant la formalité prescrite par la loi de 1839 (art. 3).

3° Les habitants des provinces septentrionales de l'ancien royaume des Pays Bas, qui résidaient en Belgique

(1) Circulaire du 28 avril 1879, *Pasinomie*, 1879, p. 108.

avant le 7 février 1831, et qui ont continué d'y résider, ont pu conserver la nationalité belge, en faisant la déclaration prescrite par la loi du 22 septembre 1835. S'ils ont négligé de la faire, ils sont Néerlandais, et même sans patrie aucune, en supposant qu'ils se soient établis en Belgique sans esprit de retour. La loi de 1879 leur permet, ainsi qu'à leurs enfants et descendants, de réclamer la qualité de Belge dans l'année qui suit sa publication (art. 2).

245. Telles sont les lois portées en Belgique depuis la séparation des départements réunis. La France a aussi eu ses annexions et ses séparations. L'annexion de la Savoie fut consentie par le roi d'Italie, à raison du concours que lui prêta l'empereur, pour la délivrance de la patrie italienne, contre l'Autriche. Qui ne se rappelle les cris de joie délirante qui accueillirent, en France, cette annexion? Je n'ai pas à m'occuper ici de ces illusions du patriotisme français; je me borne à transcrire l'article 6 du décret impérial portant promulgation du traité relatif à la réunion de la Savoie et de l'arrondissement de Nice à la France, conclu le 24 mars 1860, et ratifié le 30 de ce mois : « Les sujets sardes, *originaires* de la Savoie et de l'arrondissement de Nice, *ou domiciliés actuellement dans ces provinces*, qui entendront conserver la nationalité sarde, jouiront pendant l'espace d'un an, à partir de l'échange des ratifications et moyennant une déclaration préalable faite à l'autorité compétente, de la faculté de transporter leur domicile en Italie et de s'y fixer; auquel cas, la qualité de Sarde leur sera maintenue. Ils seront libres de conserver leurs immeubles situés sur les territoires réunis à la France(1). »

Ce décret déroge au droit commun, en ce qui concerne les Sardes établis dans les provinces cédées, sans y être nés. Ces Sardes n'étaient ni Savoisiens ni Niçois, ils n'étaient donc pas compris dans la cession, pas plus que les Napolitains, ou les Romains, ou les Anglais qui y résidaient. Partant ils auraient dû conserver leur nationalité : cela paraissait si évident que l'on prétendit que la

(1) Le décret se trouve dans le *Répertoire* de Dalloz, 1860, 4, 67.

disjonctive *ou* était employée dans le traité pour la conjonction *et*, ce qui lui donnait un tout autre sens; il en serait résulté que les Savoisiens originaires n'auraient perdu leur nationalité que s'ils avaient été domiciliés dans la Savoie : ceux qui résidaient ailleurs l'auraient conservée. Cette interprétation n'a pas été admise, elle changeait le texte, et l'interprète n'a pas ce droit-là (1).

246. Dix ans après la réunion de la Savoie, une guerre folle et criminelle eut pour suite la chute de l'Empire et le démembrement de la France. N'était-ce pas abuser de la victoire? Elle permet tout, il est vrai, mais est-il prudent d'user des droits qu'elle donne, au risque, qui est une certitude, d'une nouvelle guerre à outrance, guerre perpétuelle, dans laquelle les paix ne seront que des trêves? Je transcris l'article 2 du traité de paix du 10 mai 1871 : « Les *sujets* français, *originaires* des territoires cédés, *domiciliés actuellement* sur ces territoires, qui entendront conserver la nationalité française, jouiront jusqu'au 1er octobre 1872, et moyennant une déclaration préalable faite à l'autorité compétente, de la faculté de transporter leur domicile en France et de s'y fixer, sans que ce droit puisse être altéré par le service militaire, auquel cas la qualité de citoyen français leur sera maintenue. »

En France, on avait d'abord interprété cette disposition en ce sens que la nécessité d'une déclaration n'était imposée qu'aux habitants des territoires cédés qui non seulement étaient originaires de ces territoires, mais encore y étaient domiciliés au moment de l'annexion. Cette interprétation, comme le dit M. Dufaure dans sa circulaire, s'appuyait sur les termes mêmes du traité, puisque la disjonctive *ou*, qui se trouvait dans le traité d'annexion de la Savoie, avait disparu. Les vainqueurs ne l'entendaient pas ainsi. Une convention additionnelle déclara que les Alsaciens-Lorrains domiciliés hors du territoire cédé, mais qui y étaient nés, devaient faire une déclaration dans un délai qui fut prolongé jusqu'au 1er octobre 1873 pour ceux qui résidaient hors de l'Europe.

(1) Chambéry, 4 mai 1875, Chambres réunies (Dalloz, 1877, 2, 17).

Il se présenta une nouvelle difficulté sur le sens du mot *originaires*. Le gouvernement impérial (d'Allemagne) déclara que cette question n'était pas du nombre de celles qui devaient être traitées dans les conférences de Francfort : c'était dire que le vainqueur trancherait la difficulté à sa guise : « Le gouvernement impérial, dit le comte d'Arnim, considérera comme originaires de l'Alsace-Lorraine tous ceux qui sont nés dans ces territoires. » Cela était d'évidence. Mais qu'en fallait-il conclure? Le gouvernement français en induisit cette conséquence, que les individus qui n'étaient point nés dans les territoires cédés ne seraient pas astreints à faire une déclaration d'option pour conserver leur nationalité française, quoiqu'ils fussent issus de parents nés en Alsace-Lorraine, ou qu'ils résidassent eux-mêmes dans ce pays. Tel n'était pas l'avis du gouvernement impérial : dès que les enfants d'Alsaciens-Lorrains habitent le territoire cédé, ils sont frappés par l'annexion, et il en est de même de tous les *domiciliés*, qu'ils soient ou non nés dans les territoires cédés ; ils sont *habitants* de l'Alsace-Lorraine, donc cédés. Cela paraissait si évident au gouvernement impérial, qu'il ne fallait pas même le dire dans le traité. Ce qui prouve que cela n'était pas si évident, c'est que la déclaration du gouvernement impérial, prise à la lettre, conduit à des conséquences absurdes. La conquête frappe l'*Alsace-Lorraine*, donc ceux qui sont *Alsaciens-Lorrains* : est-ce qu'un *Normand* qui *habite* l'Alsace est un Alsacien? Autant vaudrait dire qu'un Anglais qui habite Metz est un Lorrain! Cela prouve que le vague allemand ne convient pas aux traités, et que mieux vaut préciser le langage et les idées.

Même dissentiment pour les mineurs. Aux conférences de Francfort, les plénipotentiaires français posèrent cette question : « Les mineurs émancipés ou non émancipés ont-ils la faculté d'option? » Les plénipotentiaires allemands répondirent : « Il n'y a pas lieu de distinguer entre les mineurs émancipés et les mineurs non émancipés ; le concours de leurs représentants légaux sera nécessaire pour la déclaration d'option. » Le gouvernement français crut et dut croire que le droit d'option était reconnu aux

mineurs, avec l'assistance de leur représentant légal, que par suite le mineur avait le droit de choisir la nationalité française quand même les parents deviendraient Allemands. Tel ne fut pas l'avis du gouvernement impérial : il déclara qu'il ne reconnaissait pas aux mineurs le droit d'option; qu'il leur laissait la position que le code civil leur assigne, en leur attribuant le domicile de leurs père et mère ou tuteur. Qu'est-ce que le domicile a de commun avec la nationalité? Quant aux mineurs émancipés, ils n'ont qu'une capacité limitée pour l'administration de leurs biens; le gouvernement impérial dit qu'il ne saurait admettre qu'ils ont le droit de changer de nationalité. Non, mais alors il ne faut pas subordonner la nationalité au domicile, puisque les mineurs émancipés ont précisément le droit de changer de domicile. En tout cas, fallait-il laisser aux mineurs le droit de changer de nationalité après leur majorité, comme le fait la législation belge (1).

247. Je ne puis entrer dans le détail des difficultés qui se sont présentées sur la nationalité des Alsaciens-Lorrains. Pour ne pas étendre à l'infini cette étude, j'ai dû la limiter au droit belgique, sauf à faire connaître succinctement les traités et les lois des pays étrangers. Il me reste à conclure, c'est-à-dire à résumer les principes qui sont ou qui devraient être consacrés par la diplomatie en cette matière. La vieille diplomatie croyait être très généreuse en permettant aux habitants qui changeaient de *maître* de réaliser leur avoir et de s'établir ailleurs, si le *nouveau maître* ne leur convenait pas. Tel est encore l'objet des traités de 1814 et de 1815; les mots de nationalité et de patrie ne s'y trouvent point. C'étaient des sentiments que l'on ignorait ou que l'on dédaignait au congrès de Vienne; la seule chose qui intéressait les diplomates, c'étaient les droits de leurs maîtres; quant aux nations, pour mieux dire aux populations, on les mettait dans tel ou tel lot, suivant les convenances du territoire et la puissance des souverains. A ceux que ces arrange-

(1) Circulaire de Dufaure, ministre de la justice, du 30 mars 1872 (Dalloz, 1872, 3, 25). Note insérée au *Journal officiel* du 13 septembre 1792, et reproduite par Dalloz, 1872, 3, 70.

ments pouvaient froisser dans leurs intérêts ou leurs prédilections, la diplomatie disait : « Vous pouvez vendre vos biens, et émigrer, sans être soumis à l'impôt d'émigration. » Les sauvages ont un instinct plus juste de la patrie : « Emporterons-nous la patrie à la semelle de nos souliers? Dirons-nous aux ossements de nos ancêtres : Levez-vous et suivez-nous? »

Tel était le vieux droit, et en 1814, on restaurait tout ce qui était vieux, quelque moisie que fût la chose. Les diplomates s'étaient trompés; les populations dont ils avaient disposé n'étaient pas un bétail humain. Napoléon leur reprochait à Sainte-Hélène de n'avoir tenu aucun compte des nationalités. L'idée datait de la révolution, et depuis 1789, la révolution est permanente. La nationalité y a un rôle considérable. Les guerres tendent au même but, bien que les conquérants semblent ne point s'en douter. Il est certain qu'à partir de 1830, les lois de faveur, portées à l'occasion des guerres ou des révolutions qui renversent l'œuvre des traités de Vienne, tiennent compte du vœu des populations qui changent de nationalité malgré elles, en leur permettant de conserver leur nationalité d'origine. Je viens de dire qu'il y a de grandes difficultés sur le point de savoir qui change de patrie par suite d'une annexion ou d'une séparation. En principe, ce sont les *naturels* des pays annexés ou séparés, et non les *domiciliés*, car le domicile n'a rien de commun avec la patrie. La nationalité dépend de la filiation, c'est une question de race. Peu importe donc la naissance sur le territoire cédé, celui qui y naît d'un père étranger est étranger, et comme tel, il n'est pas compris dans la cession. On peut naître en pays étranger, et cependant être un naturel des pays cédés, à raison de la filiation. Ces principes reçoivent exception quand c'est une province ou une fraction de province qui est cédée : dans ce cas on considère uniquement la naissance des naturels sur le territoire cédé. En Belgique, ce principe, contesté par la jurisprudence, a été consacré par le pouvoir législatif. On aurait dû l'appliquer à la cession de l'Alsace et de la Lorraine, car il n'y avait point de nationalité lorraine ni alsacienne; chose remar-

quable, et qui est décisive, les mots mêmes d'Alsace et de Lorraine n'existaient plus dans le droit public de France; la révolution avait mis fin à ces dénominations provinciales qui rappelaient encore de vieux souvenirs d'une existence séparée et indépendante; il n'y avait plus que des départements, c'est-à-dire des circonscriptions administratives; et y a-t-il une nationalité départementale? Il faudrait aussi admettre, dans cette doctrine, une nationalité d'arrondissement, et une nationalité communale ou municipale. Cela n'a point de sens. On ne peut se prévaloir de ce qui s'est passé à la suite de la guerre d'Allemagne, car on chercherait vainement un principe dans les traités et conventions, c'est le droit du vainqueur qui y domine; et la science ne reconnaît point le droit du plus fort.

248. Les annexions et les cessions de territoire lèsent toujours des intérêts et elles blessent des sentiments et des prédilections, qui ont une profonde racine dans notre âme, parce que c'est Dieu même qui les y a implantés. Les guerres et les révolutions doivent tenir compte de ces douloureux déchirements en permettant aux habitants cédés ou annexés de conserver leur ancienne nationalité. On le leur permet, mais sous des conditions assez dures. Qu'ils doivent faire une option, rien de plus naturel; la guerre ou la révolution leur donnent une nouvelle patrie; s'ils n'en veulent pas, il faut bien qu'ils le disent. Mais cela ne suffit point; il faut une expatriation; c'est-à-dire que, tout en conservant sa nationalité, on perd sa patrie. Cela est dur. Ne pourrait-on pas admettre que la simple déclaration suffit? Il est certain que les Français non cédés peuvent s'établir en Alsace, en conservant leur nationalité : pourquoi les Alsaciens n'y pourraient-ils pas rester, tout en conservant la nationalité française? Un jurisconsulte français a fait la remarque que jadis on exigeait que les habitants cédés qui ne voulaient pas de la domination imposée par la conquête devaient vendre leurs biens s'ils voulaient s'expatrier. Cette rigueur a cessé : le traité d'annexion de la Savoie réserve formellement aux habitants cédés le droit de conserver les biens

qu'ils ont en France, s'ils optent pour la nationalité italienne; et les lois belges ne parlent plus de la vente des biens. Ne doit-on pas aller plus loin, et permettre aussi aux personnes de rester là où elles sont (1)? Il va sans dire que si la France avait songé à faire une proposition pareille au gouvernement impérial, elle eût été rejetée avec dédain. Et, il faut l'avouer, la conquête et l'annexion peuvent se faire dans des circonstances telles, que les populations annexées sont plus ou moins hostiles au vainqueur. Peut-on demander que le conquérant permette, dans ce cas, aux vaincus qui ne veulent pas reconnaître sa souveraineté de rester néanmoins dans le territoire annexé tout en bravant ouvertement son autorité? L'émigration devient, dans ce cas, une nécessité politique. Sans doute, bien des Alsaciens annexés malgré eux à l'Allemagne ont subi leur condition nouvelle sans l'accepter. La population conquise ne peut pas émigrer tout entière, il n'y a toujours qu'une faible minorité qui puisse profiter de ce triste bienfait. Mais quelque hostiles que soient les vaincus lors de la conquête, le vainqueur espère que ces passions finiront par se calmer; les vaincus ne témoignent du moins pas leur hostilité par une séparation publique; tandis que si le conquérant avait permis aux Alsaciens d'opter pour la nationalité française, toute la population aurait fait cette option, et le vainqueur aurait eu un territoire sans sujets, il aurait régné sur des étrangers, toujours ennemis, par leur nationalité même. Le droit que l'on réclame en faveur des vaincus est donc en opposition avec la nature même de l'annexion forcée. Ce n'est pas le droit qui la régit, c'est l'intérêt du vainqueur, que l'on appelle aussi un droit. S'il y a un espoir à formuler, un vœu, pour mieux dire, c'est que les annexions violentes cessent pour faire place à l'annexion volontaire.

249. Quel est l'effet de l'annexion, en ce qui concerne la nationalité des populations qui la subissent ou qui l'acceptent? Les populations annexées changent de patrie;

(1) Robinet de Cléry, président honoraire de la cour de Besançon, dans le *Journal du droit international*, t. I, p. 169 et suiv.

et ce changement est forcé. C'est précisément là l'œuvre de la violence, contre laquelle le droit s'élève et s'élève en vain. L'histoire nous apprend que la rude œuvre du conquérant a son rôle dans le développement de l'humanité; et chose singulière, la force qui enlève leur nationalité aux vaincus devient, dans les mains de Dieu, un des éléments, et même l'élément principal dans la formation des nationalités. Si l'on remonte à l'origine des nations modernes dont le caractère national est le plus fortement prononcé, on trouve partout la force, la guerre, l'invasion, la conquête. J'ai dit ailleurs que les guerres séculaires de Rome, et l'assimilation successive des vaincus avec les vainqueurs, avaient préparé la fusion des populations de l'Italie; et que de là procède la nationalité italienne, dont le magnifique réveil sera un des titres de gloire du dix-neuvième siècle. L'Angleterre a subi conquête sur conquête, et ses habitants portent encore aujourd'hui le nom des conquérants, ils s'appellent des Anglo-Saxons; on pourrait hardiment y ajouter le nom de Normands : c'est Guillaume le Conquérant qui a imprimé à la nationalité anglaise le caractère qui la distingue : le droit porte encore aujourd'hui l'empreinte de la conquête du onzième siècle. La France a eu ses invasions successives; celle de Celtes, puis la conquête romaine, puis les invasions germaniques; après cela la conquête a achevé la formation de cette nation envahissante, qui vient de perdre deux de ses plus belles provinces, mais qui les regagnera, et l'on ne sait pas si là s'arrêtera l'ambition française. Je laisse là ces grands débats dont Dieu est le souverain juge, pour revenir aux conséquences civiles de l'annexion.

J'ai déjà dit ce qui la distingue du changement de nationalité qui se fait par la libre volonté de l'homme; elle frappe des populations entières, sans distinguer si dans cette masse il se trouve des incapables; il y en a toujours et en grand nombre, ce sont les enfants mineurs et les femmes mariées. Le vainqueur ne demande pas leur consentement; c'est, au contraire, sur les générations naissantes qu'il fonde l'espoir qu'un jour les vaincus s'uniront avec les vainqueurs. Admirons le progrès qui s'est ac-

compli jusque dans l'œuvre de la violence. Au berceau du genre humain, nous trouvons la force dans toute sa brutalité, le *malheur aux vaincus!* Le vainqueur les extermine, ou il les réduit en esclavage, ce qui est la mort de l'âme. C'est à peine si l'on entend les plaintes des victimes ; elles acceptent leur destinée comme une loi fatale. Que dis-je? le fait est érigé en droit, et des philosophes proclament la légitimité de la force : au plus fort l'empire! Si la force règne encore, elle s'est cependant singulièrement humanisée. Après la victoire, le vainqueur communique aux vaincus tous les droits des vainqueurs; dans l'antiquité, les populations se seraient estimées heureuses si on leur avait donné cette égalité qui aujourd'hui est devenue un droit commun. L'annexion assimile complètement les vaincus et les vainqueurs.

Le vainqueur permet encore aux vaincus de se soustraire à la dure loi de la conquête en émigrant. Il ne s'agit plus de l'émigration telle qu'on l'entendait encore en 1815: la liberté de vendre ses biens et de se créer une autre patrie. Non, c'est l'ancienne patrie qui ouvre ses bras aux populations que la violence en a détachées. La conquête ne porte plus sur la nation entière : on peut défier la force, malgré sa toute-puissance, d'annexer des nations fortement constituées, telles que la France. Napoléon a essayé d'annexer une partie de l'Europe à son empire, et c'est cette ambition démesurée qui a été la cause de sa chute. Les annexions et les séparations que nous avons vues depuis ne sont que partielles.

L'annexion se fait par la violence, mais le vainqueur permet aux vaincus de conserver leur nationalité : c'est le langage des derniers traités, il est significatif. Tout en foulant aux pieds les nationalités vaincues, le vainqueur respecte l'idée; il n'entend pas imposer sa domination, il voudrait qu'elle fût acceptée par les populations conquises; il permet à ceux qui ne l'acceptent pas d'émigrer, c'est-à-dire de se fixer sur le territoire de leur ancienne patrie. C'est calcul autant que générosité, puisque l'on éloigne ainsi la partie la plus hostile des vaincus. Mais qu'importe le mobile? Il n'en est pas moins vrai que le droit est res-

pecté. Les émigrants conservent leur nationalité, comme s'ils ne l'avaient jamais perdue. Il y a une fiction dans les lois de faveur que l'on fait au profit des annexés qui ne veulent pas se rallier à la nouvelle domination que la conquête leur impose. La réalité est que la conquête les dénationalise, et les fait changer de patrie; ils recouvrent ensuite leur ancienne nationalité, et d'après la rigueur des principes, ce changement de nationalité ne devrait avoir d'effet que pour l'avenir. Les traités et les lois dérogent à la dureté du droit, et disposent qu'il n'y aura pas de changement de nationalité, et que ceux qui opteront pour leur ancienne patrie seront censés ne l'avoir jamais perdue.

En 1815 on l'entendait déjà ainsi, mais avec une restriction. Les lois portées en France en faveur des habitants des départements cédés exigeaient des lettres de naturalité, ce qui implique que les habitants devenus Français par la réunion restaient Français malgré la séparation, mais leurs droits n'étaient plus les mêmes; ils étaient exclus des droits politiques que la grande naturalisation conférait seule à cette époque. Ils ne conservaient donc pas leur ancienne nationalité avec la plénitude de ses droits. Les lois portées en Belgique, après la cession du Luxembourg et du Limbourg, furent plus généreuses et plus logiques. Elles n'exigèrent plus de lettres de naturalité, elles reconnurent aux habitants séparés le droit de *conserver* la nationalité belge par une simple déclaration, accompagnée de l'émigration; le mot *conserver*, dont la loi du 4 juin 1839 se sert, témoigne que les habitants cédés qui profitent du bénéfice de la loi ne changent pas de nationalité : ils conservent la nationalité belge qu'ils avaient avant la cession. Cela n'est pas douteux. En faut-il conclure que les Luxembourgeois et les Limbourgeois sont restés Belges pendant l'intervalle entre la ratification des traités et leur déclaration? J'ai dit ailleurs que cette opinion, émise dans le cours de la discussion, a été rejetée par la cour de cassation, et avec raison. Le traité de cession a pour effet immédiat de faire changer de patrie les habitants cédés; ils peuvent conserver leur nationalité, mais sous une condition, celle de la déclaration; tant que,

dans l'espèce, cette condition n'était pas remplie, les habitants cédés étaient Néerlandais (1).

La rétroactivité de la déclaration faite en vertu de la loi de 1839 soulève une autre difficulté. Il y eut des habitants cédés qui ne firent pas la déclaration dans le délai de quatre ans; par suite ils étaient déchus du bénéfice de la loi, et ne pouvaient plus obtenir la qualité de Belge que par la naturalisation, laquelle ne rétroagit jamais. Une loi du 20 mai 1845 les releva de la déchéance qu'ils avaient encourue; elle permet à ceux qui ont transféré leur domicile en Belgique, dans le délai de quatre ans, d'obtenir la qualité de Belge moyennant une simple déclaration d'intention faite dans les trois mois. Cette déclaration leur fait *recouvrer* la qualité de Belge qu'ils avaient perdue; ils deviennent donc Belges, mais seulement à partir de leur déclaration.

La loi du 1er avril 1879 contient une faveur analogue (n° 244), et elle déclare expressément que ceux qui deviendront Belges en faisant leur déclaration dans l'année que la loi leur accorde, ne pourront se prévaloir de cette qualité qu'après avoir rempli les conditions qui leur sont imposées, et seulement pour l'exercice des droits ouverts à leur profit depuis cette époque (art. 4). C'est le droit commun.

§ VIII. — *De ceux qui ont plusieurs patries et de ceux qui n'ont pas de patrie.*

N° 1. DE CEUX QUI ONT PLUSIEURS PATRIES.

250. J'ai dit, au commencement de cette Etude, que personne ne peut avoir plus d'une patrie (n° 96). C'est un principe généralement admis en droit français, et les auteurs récents enseignent la même doctrine en droit international (2). Cependant il peut arriver que, par suite du conflit des législations diverses, une personne ait deux patries. Le code Napoléon établit un nouveau principe

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 472, n° 366.
(2) Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht*, p. 217, § 373, de la 3e édition.

sur la nationalité : l'enfant suit la condition de son père, tandis que l'ancien droit attachait la nationalité à la naissance sur le territoire. La vieille doctrine s'est maintenue dans toute l'Europe, sauf dans les pays dont la législation procède du droit français; toutefois le code des Pays-Bas est revenu au principe traditionnel, comme l'avait déjà fait la loi fondamentale de 1815. La diversité du principe donne lieu à l'anomalie que je viens de signaler. Un enfant naît dans les Pays-Bas d'un père belge, il est Néerlandais d'après le code néerlandais, et Belge d'après notre code civil. Il en serait de même des enfants nés d'un Français dans les Pays-Bas, et il en a été ainsi sous l'empire de la loi fondamentale qui déclarait indigènes les Français nés en Belgique; ces Français, déclarés Belges par la législation néerlandaise, sont Français d'après le code Napoléon, ils ont donc deux patries. Il y a des cas dans lesquels le fait de la double nationalité est controversé; je renvoie à mes *Principes de droit civil* (1).

251. Quelle est la condition d'une personne qui a deux patries? Ceux que le code Napoléon déclare Français jouissent naturellement en France des droits civils et politiques, quand même ils seraient nés en Angleterre, où on les considère comme naturels anglais; et en Angleterre ils jouiront aussi de tous les droits qui sont l'apanage des naturels anglais. Toutefois, il faut remarquer que l'exercice des droits politiques en Angleterre par un individu qui y est né de parents français lui ferait perdre la qualité de Français. Il en serait ainsi s'il remplissait une fonction publique; de même si les circonstances de son établissement en Angleterre prouvaient qu'il y est établi sans esprit de retour, il perdrait encore sa qualité de Français (C. Nap., art. 17), ce qui mettrait fin à l'anomalie. Mais le séjour à l'étranger, même de l'enfant qui y est né, n'implique pas, par lui seul, que le Français n'a pas l'esprit de retour, c'est-à-dire la renonciation à sa patrie. Le conflit subsiste donc, et il est très embarrassant en ce qui concerne le statut personnel. Celui qui a deux natio-

(1) Voyez tome Ier de mes *Principes*, p. 476, n° 367.

nalités a nécessairement deux statuts. Permettra-t-on à l'enfant né en Angleterre de parents français d'invoquer le statut anglais en France? Les tribunaux français lui appliqueraient certainement la loi française, à moins qu'il ne fût clairement prouvé qu'il a abdiqué sa nationalité d'origine en perdant l'esprit de retour, et le fait de réclamer en France le statut anglais serait un des actes que l'on pourrait invoquer contre lui.

Il y a un moyen plus simple de mettre fin à la condition anomale d'une personne qui a deux patries. C'est de lui imposer l'obligation d'opter dans un certain délai, tel que l'année qui suit sa majorité. Cette condition devrait être établie par voie de traités, afin qu'elle se fît partout de la même manière, et avec le même effet. De plus, un traité est nécessaire pour déterminer la majorité, après laquelle l'option doit se faire, la majorité pouvant différer d'un pays à l'autre. Il y aurait un moyen plus radical de mettre fin au conflit, ce serait d'établir partout le même principe pour l'acquisition de la nationalité, et pour la majorité. Mais l'uniformité des lois est un faux idéal; les lois doivent varier, et varieront toujours, parce qu'elles sont l'expression des nationalités, et il y aura toujours des nations différentes. Tout ce que l'on peut demander, c'est que les peuples s'entendent pour mettre fin à des conflits, toujours regrettables et parfois scandaleux.

N° 2. DE CEUX QUI N'ONT PAS DE PATRIE.

252. Il y a une anomalie plus choquante; c'est qu'il peut arriver que l'on n'ait point de patrie. La voix de la nature proteste contre ce fait. Dieu a donné la terre pour patrie à tous les hommes : comment pourraient-ils être étrangers partout? On dira que chaque pays a de ces étrangers dans son sein. Quels sont les droits des prolétaires? De droits politiques, ils n'en ont que là où règne le suffrage universel, et l'on se demande si le mal n'est pas plus grand que le bien qui en résulte. Pour les prolétaires, les droits civils mêmes sont une fiction. Qu'est-ce que les droits civils sans propriété? le droit d'hérédité

là où il n'y a rien que des dettes? Cela accuse notre organisation sociale; il est temps que l'on en corrige les vices, si l'on veut prévenir une nouvelle invasion de Barbares.

Ceux qui n'ont point de patrie légale n'appartiennent pas à la classe des prolétaires : ce sont plutôt des égoïstes et des indifférents. La contrariété des lois peut avoir pour conséquence qu'un homme perde sa patrie, sans en acquérir une nouvelle. Telle est la condition des Belges qui s'établissent en France sans esprit de retour; ils perdent leur nationalité belge, et ils n'acquièrent point la nationalité française, quoiqu'ils se fixent à demeure en France. J'ai dit, dans le cours de ces Etudes, que l'on s'est plaint en France de l'égoïsme et de l'indifférence des étrangers qui s'y établissent; ils trouvent très commode de se soustraire aux charges qui incombent au citoyen; il leur serait facile de devenir Français en demandant la naturalisation, ils ne la demandent point; il serait encore plus facile à leurs enfants nés en France d'acquérir une nouvelle patrie, puisqu'ils n'ont qu'une déclaration à faire, et ils ne la font pas. Il a fallu que le législateur imposât la nationalité française à ceux qui naissent en France d'un étranger qui lui-même y est né, en leur réservant de faire une déclaration d'extranéité. J'ai proposé d'étendre cette innovation à la première génération, et de modifier le code civil en ce sens que celui qui perd sa nationalité en s'établissant en France sans esprit de retour y acquière la nationalité française, en même temps qu'il perd sa nationalité d'origine. Si tout homme a droit à une patrie, il faut dire aussi que tout homme doit en avoir une. Le droit implique une obligation, sauf à laisser à l'étranger l'option entre sa patrie d'origine et la patrie nouvelle qu'il est tenu d'adopter, du moment qu'il ne conserve pas sa nationalité primitive.

Il y a d'autres cas dans lesquels une personne peut ne pas avoir de patrie; cela tient parfois à un vice dans la législation, quand la loi n'accorde la nationalité que sous condition d'une déclaration d'intention, laquelle n'est point faite. J'ai cité des exemples dans le cours de cette

Etude (1). Le législateur ne s'est pas préoccupé jusqu'ici de l'unité de patrie, ni de l'absence de patrie. Il doit le faire; car l'indifférence politique est aussi mauvaise que l'indifférence religieuse et elle tient peut-être à la même cause, l'affaiblissement du sentiment moral.

253. Ceux qui sont étrangers partout ne jouissent nulle part des droits politiques, en droit du moins; en fait il arrive qu'ils les exercent, ce qui est un autre mal. Les étrangers sont assimilés aux indigènes, de là un préjudice pour les individus et pour la société; celle-ci n'a rien à gagner à voir les droits politiques exercés par ceux qui poussent l'indifférence à ce point de ne pas vouloir être citoyens; et les indigènes sont dans le cas de faire des actes nuls, quand un étranger y intervient comme témoin, ou comme notaire. Il se peut même que des fonctions publiques soient remplies par ces étrangers au préjudice des nationaux.

Les étrangers sans patrie ne peuvent pas avoir, en France, la jouissance des droits civils puisqu'elle est subordonnée à des traités de réciprocité dont ils ne profitent point, puisqu'ils n'appartiennent à aucune nation. Cette incapacité est d'un médiocre intérêt, depuis que le droit héréditaire a été concédé aux étrangers, sans condition de réciprocité. Les autres droits civils sont sans importance.

Il reste une difficulté pour déterminer le statut. J'ai déjà dit que ceux qui n'ont aucune patrie ne peuvent avoir de statut national; ils seront donc soumis partout à la loi du territoire, tant qu'ils y seront domiciliés et ils changeront de statut en changeant de domicile.

SECTION II. — Du domicile.

N° 1. LE DOMICILE ET LA NATIONALITÉ.

254. Story ouvre son Traité de droit civil international par un chapitre qui traite du *Domicile;* il ne parle pas de

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, nos 367 et 368.

la nationalité. J'ai commencé mon travail, qui a le même objet, par une longue étude sur l'acquisition de la nationalité, sur le droit d'émigration et sur le changement de nationalité qui s'opère par des annexions ou des séparations de territoires, à la suite des guerres de conquête et des révolutions. Cette différence dans la manière de traiter un sujet identique accuse une différence dans les principes fondamentaux de notre science. Le jurisconsulte américain dit qu'il doit d'abord exposer les règles du domicile, parce que, dans tout le cours de son Traité, il est question du domicile (1). Il n'est guère question du domicile dans mes Etudes; jusqu'ici je n'en ai parlé que pour combattre la doctrine des jurisconsultes allemands et anglo-américains, en ce qui concerne l'autorité qu'ils reconnaissent au domicile, et ce que j'en vais dire est encore une critique de l'importance excessive qu'ils y attachent.

255. La science du droit civil international procède de la doctrine traditionnelle des statuts; le nom ne se trouve point dans le code Napoléon, mais il est certain que les principes des anciens auteurs y sont consacrés; l'article 3 du code civil en reproduit les traits principaux. Cependant en un point le droit nouveau diffère du droit traditionnel; le domicile ne figure pas dans l'article 3. Le code Napoléon distingue les diverses espèces de lois, tandis que jadis on distinguait les statuts : il y a des *lois réelles* et il y a des *lois personnelles;* cette distinction a remplacé celle des *statuts réels* et des *statuts personnels.* Est-ce un simple changement de mots? Non, le langage différent implique une doctrine différente, et le changement est radical. Les statuts étaient les lois locales en Italie, où notre science est née, et en France les coutumes étaient locales. Le droit variait d'une province, d'une ville, d'un village à l'autre, parfois, dans une même ville, d'une rue à l'autre. Comment savoir si une personne était régie par telle coutume ou par telle autre? Il n'y avait qu'un moyen, c'était de s'attacher à son domicile. De là l'importance que prenait le domicile dans la doctrine des statuts. Pothier, dans son

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 34, § 40, de la 7e édition.

Introduction aux coutumes, procède comme Story; après avoir exposé la distinction des statuts réels et des statuts personnels, il explique la théorie du domicile, comme le fait le code Napoléon. Que devinrent ces statuts innombrables qui régissaient l'ancienne France et les provinces belgiques? Le code civil les abolit, et l'abrogation est si complète que dans une matière essentiellement statutaire, celle des conventions matrimoniales, le code ne veut même pas que les époux s'en réfèrent à une ancienne coutume. Il n'y a pas un siècle que le code Napoléon existe, et l'on ne sait plus ce que c'est que les coutumes. Que viendrait faire le domicile dans ce nouvel ordre de choses? Il n'y a plus de raison d'être. La loi, une loi unique, la même pour toute la nation, a remplacé la multitude des coutumes. On distingue toujours des lois personnelles, mais à qui sont-elles applicables? Est-ce d'après le domicile des parties que l'on décide si elles sont régies par le code civil, en ce qui concerne leur état et leur capacité? Non, le code ne parle plus du domicile des personnes, il parle des *Français*, c'est-à-dire que la *nationalité* a pris la place du *domicile*. Un Français peut contracter, disposer en pays étranger : sera-t-il régi par les lois de son domicile? Non, quand même il serait domicilié à l'étranger, il serait régi par la loi française. Les lois ne varient plus d'après le domicile, elles varient d'après la nationalité ou d'après l'Etat auquel les personnes appartiennent. Tel est du moins le principe du code civil : le Français, dit l'article 3, est régi à l'étranger, comme en France, par la loi française, quand cette loi est personnelle, c'est-à-dire quand elle régit son état et sa capacité.

256. Maintenant on comprendra pourquoi le domicile ne joue plus aucun rôle dans la doctrine du droit international, en tant qu'elle est fondée sur le droit français; c'est que le droit ne varie plus d'après le domicile, il varie d'après la nationalité, en prenant ce mot dans sa plus large acception, comme synonyme d'Etat. Et l'on comprend aussi pourquoi le domicile a conservé son importance en Allemagne, en Angleterre, aux Etats-Unis. L'unité du droit n'est pas encore réalisée dans l'empire allemand;

l'unité politique elle-même est encore imparfaite, la patrie allemande date d'hier; le droit varie toujours d'après les divers Etats qui composent l'empire. Que dis-je? il varie dans un seul et même Etat. Les provinces rhénanes de la Prusse ont leur droit, c'est le code Napoléon; les provinces polonaises ont le leur, les vieilles provinces seules sont régies par le code prussien. Cependant les personnes régies par ces droits divers appartiennent toutes au même Etat; en ce sens, leur patrie, leur nationalité sont les mêmes; comment donc saura-t-on si elles sont régies par le droit français, par le droit polonais ou par le droit prussien? Les distinguera-t-on par leur origine diverse? Cela est impossible, car, malgré la diversité de race, tous sont Prussiens. Il ne reste d'autre principe de distinction que le domicile. Voilà pourquoi le domicile occupe une si grande place dans la théorie du droit international privé de Savigny. Il en est de même en Angleterre. C'est aussi un empire, et elle a fini par en prendre le nom; je laisse de côté les colonies anglaises et les immenses possessions des Indes, ce sont comme des mondes à part. La Grande-Bretagne se compose des deux royaumes unis et de l'Irlande conquise. Pendant des siècles, l'Ecosse et l'Angleterre formaient des royaumes distincts, et avaient un droit national; l'union a mis fin à la division politique, mais le droit commun d'Ecosse diffère toujours du droit commun d'Angleterre. Comment savoir si telle personne est soumise au droit d'Ecosse, et telle autre à la *common law* anglaise? On ne peut plus, comme jadis, dire que les Ecossais sont régis par leur droit, et les Anglais par leur *common law*, car il n'y a plus d'Ecossais ni d'Anglais, dans le vieux sens du mot; tous les sujets de la reine ont le même souverain, la même patrie et en ce sens la même nationalité. Il ne reste qu'un seul moyen de distinguer les personnes quant au droit qui les régit, c'est le domicile. Il en est de même dans la puissante république qui occupe l'Amérique du Nord. Le nom qu'elle porte, celui d'*Etats-Unis*, témoigne que c'est une association d'Etats distincts, ayant jadis eu une existence séparée, et conservant encore une certaine indépendance; chaque Etat fait ses lois et a son

droit particulier. Non seulement il y a des Etats distincts, mais il y a encore une variété infinie de races, toutes les races s'y trouvent, la race noire et la race blanche, la race chinoise et les races sauvages, puis les populations européennes, Germains et Latins, Slaves et Celtes, avec leurs diversités provinciales. Si chaque personne était régie par le droit de sa race, il n'y aurait plus d'Etat, de patrie commune, ce serait une coexistence d'individus, comme dans les royaumes fondés par les Barbares. Cette confusion de droits divers est impossible dans nos idées modernes sur l'Etat; toutes ces populations d'origine diverse ne forment qu'un seul Etat, toutes ont une patrie commune, et en ce sens une même nationalité; je laisse de côté les Chinois et les sauvages. Comment savoir par quel droit local sont régies les personnes? C'est toujours le domicile qui est le principe et le fondement de la distinction.

257. Le droit doit varier d'après le domicile quand, dans un seul et même pays, il y a diversité de droit dans les diverses provinces ou dans les divers Etats dont il est composé. Jadis il en était ainsi partout : de là la distinction, universellement admise, du domicile, pour déterminer le droit qui règle l'état et la capacité des personnes. Que les Allemands et les Anglo-Américains continuent à considérer le domicile comme fondement de la distinction des statuts personnels, c'est une nécessité, aussi longtemps que l'unité du droit ne sera pas réalisée. Mais autre est la question de savoir si, dans les rapports internationaux, on doit suivre la loi du domicile, comme on la suit dans l'intérieur des Etats où le droit est différent dans les différentes provinces. La puissance de la tradition a fait transporter aux rapports des habitants des divers pays le principe du domicile que l'on suit dans l'intérieur de chaque pays. Cela se faisait dans l'ancien droit; on déterminait le statut personnel d'après le domicile des personnes, sans tenir compte de leur nationalité, ou de l'Etat auquel elles appartenaient. C'est ce que font encore aujourd'hui les jurisconsultes allemands et anglo-américains. La doctrine traditionnelle a conservé des partisans là

même où, comme en France, la tradition n'a plus de raison d'être. Il me faut donc examiner la valeur scientifique de cette doctrine.

Elle repose sur une confusion d'idées essentiellement différentes, celle de domicile et celle de nationalité. Story a forgé un terme qui marque cette confusion jusque dans le langage; son chapitre sur le domicile est intitulé : *National domicile*. Il n'y a pas deux domiciles, il n'y en a qu'un. Qu'est-ce donc que le *domicile national?* On ne sait si, dans ce mélange, c'est l'idée de domicile qui prévaut, ou si c'est l'idée de nationalité; les deux idées sont confondues. Nous allons entendre un jurisconsulte anglais attribuer au domicile ce que, dans la théorie française, nous disons de la nationalité. Westlake dit qu'un des plus éminents jurisconsultes vivants d'Angleterre, sir Travers Twiss, aujourd'hui revêtu de l'office d'*avocat de la reine*, a été jusqu'à dire que « *c'est d'après le domicile qu'il faut juger de la nationalité* ». Dans nos idées, cette proposition est une hérésie juridique. C'est la confusion complète de deux ordres d'idées qui diffèrent dans leur essence. Le domicile d'une personne, dit le code Napoléon, est là où elle a son principal établissement (art. 102); est-ce aussi le principal établissement qui détermine la nationalité? Non, certes, toujours d'après le code Napoléon. Un Français établit un commerce en Belgique; c'est son établissement principal, unique. En résultera-t-il que ce Français perdra sa nationalité? Loin de là, le code civil dit le contraire, on ne peut pas même se prévaloir de l'établissement commercial pour en induire que le Français aurait perdu tout esprit de retour (art. 17). Donc autre chose est le principal établissement ou le domicile, autre chose est la nationalité. Westlake lui-même semble reculer devant la formule qu'il rapporte, toutefois il l'invoque à l'appui de sa doctrine; nous allons l'écouter : « Les rapports que gouverne la *loi civile* du domicile sont *des plus importants* auxquels l'homme puisse se soumettre. Ils touchent aux côtés *les plus intimes de sa vie*. Ils sont de ceux qui soulèvent l'antagonisme *le plus acharné des idées*, provoquent la formation des

partis politiques et deviennent l'objet de *leurs luttes* (1). »
Si nous ne savions pas que pour les Anglais le domicile est identique avec la nationalité, certes nous ne comprendrions pas. L'auteur avoue que le domicile dépend de la *loi civile;* c'est l'idée que le code Napoléon exprime en disant que l'homme exerce ses *droits civils* au lieu où il est domicilié. Or, les droits civils sont des droits privés, le droit de propriété avec ses dépendances, les obligations avec leur infinie variété, le droit héréditaire, droits d'une importance considérable; mais je ne vois pas ce qu'ils ont de commun avec l'*antagonisme acharné des idées*, avec la *formation des partis politiques*, et avec leurs *luttes*. Le Français qui a un établissement de commerce en Belgique, et qui, à raison de ce principal établissement, y a son domicile, ne s'inquiète guère de nos luttes politiques, il s'intéresse à ce qui se passe à Paris, infiniment plus qu'à ce qui se dit et se fait à Bruxelles. C'est en France qu'est son âme : est-il républicain, il se réjouit de ce que la république se consolide dans sa patrie : est-il monarchiste, il s'en afflige. Sa vie morale n'est pas là où il a le siége de ses intérêts pécuniaires, elle est là où ses croyances, ses passions sont en cause. Là est sa *vie intime*, et non là où il fabrique du coton ou du lin. Que sera-ce dans les nombreux cas où le domicile est fictif? Le mineur sous tutelle a son domicile chez son tuteur, lequel est domicilié à Paris, tandis que le mineur est Belge : faut-il demander si le centre de sa vie intellectuelle et morale est à Paris ou en Belgique? S'il est arrivé à l'âge où le jeune homme s'intéresse aux luttes politiques, il mettra toute la fougue de la jeunesse dans ses convictions et dans ses actions, et ne prendra intérêt à ce que font nos voisins du midi qu'en tant que la victoire ou la défaite des partis qui s'y disputent le pouvoir pourra influer sur nos destinées. Inutile d'insister : le domicile est absolument étranger à l'intimité de notre existence, à moins qu'il ne se confonde avec la nationalité.

(1) Westlake, dans la *Revue de droit international* de Rolin-Jaequemyns, t. Ier, p. 108 et 109.

La même confusion règne chez les légistes des Etats-Unis. Story cite avec éloge un témoignage du *chief-justice* Shaw. Le savant magistrat veut prouver qu'une personne ne peut avoir deux domiciles. Cela est élémentaire, en droit français; il suffit, pour s'en convaincre, de lire la définition que le code Napoléon donne du domicile : il est attaché au *principal établissement*, et conçoit-on qu'une même personne ait *deux principaux* établissements? Le juge américain a recours à une autre argumentation. Supposons, dit-il, que j'aie deux domiciles dans deux Etats voisins. Une guerre éclate. La guerre existe entre individus, en ce sens que chacun est obligé de défendre, les armes à la main, les droits et les intérêts de l'Etat où il est établi. Me voilà obligé de combattre ceux-là mêmes que je dois défendre : traître dans un pays, parce que dans l'autre je remplis mon devoir de soldat, divisé en deux personnes qui s'entre-tuent, je suis ennemi de moi-même (1). Voilà un conflit burlesque à force d'être terrible. Est-il nécessaire de dire que le conflit est imaginaire, en ce qui concerne le domicile, et qu'il ne serait réel que si une personne pouvait avoir deux patries? Le légiste anglais représente très bien le conflit qui s'élèverait entre les devoirs de celui qui aurait deux patries; mais le conflit ne saurait exister, dans l'hypothèse où un même individu aurait deux domiciles.

258. La confusion s'est transmise aux légistes français et allemands qui suivent, en matière de droit international, la doctrine des Anglo-Américains. Fœlix est à peu près le seul auteur qui soit connu en France et en Belgique, et l'on est disposé à croire que le jurisconsulte français est l'organe de notre science, en ce sens qu'il enseigne des principes généralement admis. Il n'en est rien. Dans la question du domicile, Fœlix admet la doctrine allemande et anglo-américaine, et par là il se met en opposition avec le texte même du code civil. Voici la formule dans laquelle il résume sa théorie du domicile et de la nationalité : « Suivant les données qui précèdent, les ex-

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 39, § 46 *a* (de la 7e édition).

pressions de *lieu du domicile de l'individu* et de *territoire de sa nation*, ou *patrie*, peuvent être employées indifféremment. » M. Demangeat, l'annotateur de Fœlix, se récrie à juste titre contre cette proposition. « Ainsi, dit-il, un homme ne peut avoir son domicile que dans le territoire de la nation dont il est membre (1). » Telle est, en effet, une des conséquences de la confusion du domicile et de la nationalité. Fœlix oublie l'article 13 du code civil. Un Allemand obtient l'autorisation d'établir son domicile en France. On ne peut pas contester que, dans ce cas, il y ait un domicile. Il faudrait donc dire qu'il est Français, et le texte du code dit le contraire. L'Allemand reste étranger; le seul objet et le seul effet de l'autorisation qui lui est accordée d'établir son domicile en France, c'est de lui donner la jouissance des droits civils.

Le désaccord entre M. Demangeat et l'auteur qu'il commente est plus profond que le commentateur ne semble le croire. Il ne s'agit pas seulement d'une question de détail; c'est le principe fondamental de notre science qui est en cause. Est-ce la personnalité, la nationalité de la personne qui doit être respectée partout où la personne se trouve? Ou est-ce que ses droits et obligations dépendent du lieu où elle est domiciliée? Cette dernière doctrine est celle des réalistes, et le réalisme, dans le droit civil international, procède de la féodalité. Les Anglo-Américains sont restés attachés au droit féodal, sans trop s'en douter. C'est le territoire qui joue le grand rôle dans le droit; la naissance sur le sol imprime la nationalité à l'enfant, fût-il de race étrangère; et les naturels sont tellement attachés au sol, qu'ils ne peuvent ni changer de patrie, ni même acquérir un domicile en pays étranger. Telle était la pure doctrine anglaise jusqu'en 1870; elle a été modifiée, elle n'a pas été abolie. Fœlix procède de cet ordre d'idées; il est réaliste à tel point qu'il n'admet le statut personnel qu'à titre d'exception, et il le restreint dans les limites les plus étroites. Demangeat le combat souvent, presque toujours quand il s'agit de savoir si un

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. Ier, p. 58, n° 28, de la 4e édition.

statut est personnel ou réel : preuve qu'il procède d'un autre ordre d'idées.

Les Allemands sont aussi restés attachés à la théorie du domicile, toutefois ils sont moins féodaux que les Anglais; la doctrine traditionnelle cède devant les nouveaux principes. Heffter dit, dans son Droit international : « Sont considérés comme membres ou sujets de l'Etat les regnicoles, c'est-à-dire tous ceux qui sont établis dans un Etat à demeure perpétuelle. » Tel n'est certes pas le principe du droit français : l'établissement perpétuel fait perdre la nationalité française (art. 17 du C. Nap.), il n'attribue point la nationalité à l'étranger. Bluntschli oppose au prétendu principe de Heffter un fait très fréquent : c'est qu'il y a un grand nombre d'étrangers établis dans les divers Etats, comme fabricants, négociants, propriétaires, qui ont conservé leur nationalité d'origine, et ils la conservent aussi longtemps qu'ils ne la perdent pas par un fait légal. Autre chose, ajoute Bluntschli, est le domicile, autre chose est la nationalité; le domicile repose sur des motifs d'intérêt privé, qui n'ont rien de commun avec l'idée de patrie (1).

259. Quand je dis que les Anglo-Américains confondent la nationalité et le domicile, il n'en faut pas induire qu'ils commettent la grossière erreur que leur langage semble parfois impliquer. Story est trop bon légiste pour ignorer, ce qu'on apprend aux élèves, qu'autre chose est le domicile, autre chose la nationalité. Il définit le domicile à peu près comme le fait le code Napoléon et cette définition marque clairement que le domicile ne concerne que l'exercice des droits privés. L'idée de patrie s'élève bien au-dessus de ces mesquins intérêts : on se dévoue, on meurt pour sa patrie, et il n'a jamais été dit que ce soit un devoir de mourir pour des droits privés qui s'exercent au domicile. Story n'admet point la vieille doctrine anglaise qui attachait l'homme au territoire, à ce point qu'il ne pouvait pas même changer de domicile, tant qu'il restait Anglais; or l'Anglais ne pouvait briser les liens de

(1) Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht.*

l'allégeance qui le rivaient à son suzerain; il ne cessait jamais d'être Anglais; par conséquent, il conservait nécessairement son domicile en Angleterre. Le jurisconsulte américain critique cette doctrine : c'est, dit-il, confondre entièrement la patrie et le domicile. Il maintient donc la notion de patrie ou de nationalité, mais il semble la limiter à l'état politique, et considérer l'état civil comme régi exclusivement par le domicile (1). C'est dire que, dans le droit civil international, le domicile domine, et que la nationalité n'y est pas prise en considération. Telle est bien la théorie anglo-américaine.

260. Les légistes anglais et américains déterminent le droit d'après le territoire, ce qui, en fait, revient à le déterminer par le domicile qui attache l'homme au territoire. C'est le système de la réalité des coutumes ou statuts; il date d'une époque où l'idée de l'Etat n'existait pas encore; la féodalité ne connaissait que des relations de vassal à suzerain, et rien n'était plus fréquent que de voir le même baron être vassal de deux suzerains, bien que ceux-ci fussent étrangers et souvent ennemis : il en était ainsi dans les Flandres, qui relevaient du roi de France, ce qui n'empêchait pas beaucoup de barons de tenir des fiefs du roi d'Angleterre. Cela prouve que l'idée de patrie et de nationalité était encore vague et flottante au moyen âge. La souveraineté était une dépendance du territoire; cela suffisait aux relations étroites des hommes. Quand, plus tard, la souveraineté embrassa toutes les parties du territoire sur lequel elle s'étendait, le droit resta néanmoins territorial; on disait que toute coutume est réelle, ce qui subordonnait le droit au domicile. Le fait, d'ailleurs, était en harmonie avec cet état de choses. On ne voyait pas, sous le régime féodal ni dans les siècles qui suivirent, les hommes s'expatrier; les serfs étaient attachés à la glèbe, et le vassal était lié au sol par le fief qu'il tenait de son suzerain. Cela fait que le domicile se confondait avec la patrie, quand l'idée de patrie prit naissance. Encore aujourd'hui, la masse de la population reste attachée au

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 35, § 41, et p. 45, § 49 a.

sol qui l'a vu naître : de fait, le domicile se confond donc avec la nationalité. Or, le fait exerce une immense influence sur les légistes anglo-américains : leur *common law* n'est, pour ainsi dire, qu'un fait ; il consiste en coutumes interprétées par la jurisprudence ; or, la jurisprudence change, et avec elle le droit. De là la tendance, que l'on remarque chez les jurisconsultes anglais et américains, d'élever le fait à la hauteur du droit. C'est ce qui leur est arrivé dans la question du domicile, et voilà pourquoi le domicile envahit tout le droit civil international : il y domine à peu près exclusivement.

261. Lawrence dit, dans son commentaire sur Wheaton, que le fait du domicile est décisif quant à la disposition de toute fortune. C'est d'après la loi du domicile matrimonial, soit lors du mariage, soit lors de l'ouverture de la succession, selon la diversité des lois, que les biens des époux se répartissent, en l'absence de tout contrat. C'est aussi la loi du domicile qui détermine l'étendue du pouvoir de tester, et les formalités du testament (1). Ainsi, dit Wharton, toute la succession, soit *ab intestat*, soit testamentaire, dépend du domicile. Le domicile règle encore la capacité, car c'est du domicile de l'enfant que dépend l'époque de sa majorité. Dans les contrats, l'on tient compte du domicile des parties contractantes (2). Bref, on peut dire que, dans la doctrine anglo-américaine, tout dépend du domicile, en ce sens que rien ne dépend de la nationalité.

Le droit civil international n'est pas le droit d'une nation particulière, c'est le droit qui régit les rapports d'intérêt privé entre toutes les nations, et le but idéal de notre science est d'arriver à établir la communauté de droit entre tous les hommes, à quelque nation qu'ils appartiennent. J'ai été obligé de dire bien des fois, dans le cours de ces Etudes, que notre science est encore très éloignée de ce but. Dès le début, nous rencontrons le principe traditionnel du domicile, qui est resté celui des Anglo-Amé-

(1) Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, t. III, p. 114 et suiv.
(2) Wharton, *Conflict of laws*, p. 34, § 20.

ricains et des Allemands, tandis que les Italiens ont fait de la nationalité le principe de leur droit international privé, comme il l'est de leur droit public et de toute leur existence. Le principe de nationalité, s'il n'est pas proclamé formellement par le code Napoléon, y est au moins en germe; à mon avis, il est écrit dans l'article 3, et il est la conséquence de l'unité du droit et de l'unité de patrie. Là où un code unique remplace les coutumes provinciales ou locales, l'idée de patrie et de nationalité pénètre nécessairement, Or, telle est bien la tendance générale du droit chez les peuples modernes : on peut dire qu'elle est irrésistible, quand on a vu Savigny, l'adversaire passionné et injuste de la codification, travailler, dans ses vieux jours, à un code allemand. Il faut que la science vienne en aide à ce mouvement, en préparant le terrain, car ce sont les idées qui gouvernent le monde.

Est-il vrai, comme le dit Lawrence, que c'est le domicile matrimonial qui détermine les droits des époux sur les biens qui forment leur patrimoine commun? C'est bien l'idée traditionnelle, mais il s'agit de savoir si la tradition est fondée sur les vrais principes; or, dans l'espèce, on peut hardiment affirmer que non. En droit français, nous disons que la communauté, appelée légale, est conventionnelle aussi bien que celle qui est stipulée par un acte notarié. Or, les conventions ne dépendent-elles pas essentiellement de la volonté des parties contractantes? Donc, la communauté aussi est déterminée par leur volonté. Dumoulin a donné à ce principe l'évidence de la raison; j'y reviendrai. Ce n'est donc pas une question de domicile : car la volonté des parties est indépendante de leur domicile; ce sont elles qui font la loi, et elles la font comme elles la veulent. La loi du domicile ne peut être qu'une loi présumée; la présomption est rationnelle quand le domicile se confond avec la nationalité; elle ne l'est point quand la nationalité diffère du domicile. Sur ce terrain, la conciliation sera possible, puisque le point de départ ne saurait être contesté : c'est l'autonomie des parties contractantes.

La loi du domicile détermine-t-elle le partage des suc-

cessions? Sur cette question, la division règne encore, mais les opinions commencent à se rapprocher. Tout dépend du système que le législateur admet pour la transmission dès biens. Or, sur ce point il ne saurait y avoir de dissentiment sérieux. Savigny l'a dit : les biens se transmettent à titre universel, cela est de l'essence de la succession. Donc il n'y a plus à distinguer entre les meubles et les immeubles ; il faut consulter la volonté du propriétaire : s'il la manifeste, tout est dit, ce qu'il veut a force de loi. Or, la succession *ab intestat* n'est-elle pas fondée sur la volonté tacite du défunt, et peut-il vouloir autre chose que ce qui est écrit dans sa loi nationale? Peut-on admettre que l'Anglais établi en France veuille transmettre ses biens d'après la loi française qu'il ignore? Ne veut-il pas nécessairement que son testament présumé soit la *common law*, qu'il connaît, qu'il aime, qui fait partie de sa vie?

Quant à la forme du testament, que Lawrence rapporte à la loi du domicile, le débat, me semble-t-il, sera très facile à vider, si l'on veut laisser là une tradition confuse et inintelligente. La forme des actes n'a rien de commun, ni avec le domicile, ni avec la nationalité, ni avec l'autonomie des parties qui contractent ou qui disposent. C'est ce que j'ai longuement établi dans la partie générale de ces Etudes(1); je m'y réfère, en rappelant que, dans ma doctrine, on donne satisfaction au sentiment national, en permettant au testateur de disposer par acte olographe, quel que soit le lieu où il teste. Quant au domicile du testateur, il est absolument étranger à la forme des actes.

262. On voit que quelle que soit l'antinomie actuelle entre le domicile et la nationalité, l'entente est possible, et l'on peut affirmer qu'elle se fera. Les Anglo-Américains eux-mêmes avouent qu'autre chose est le domicile, autre chose la nationalité. Il faut insister sur les analogies et les différences. Quand les deux principes se confondent, il importe assez peu que l'on s'attache au domicile ou à la patrie; mais il est bon néanmoins de montrer que c'est

(1) Voyez le tome II, p. 417, nos 233 et suiv.

la patrie qui est l'élément essentiel de la vie, et que c'est à la nationalité que le domicile emprunte ses règles, c'est donc la patrie qui constitue l'essence de notre vie, ce n'est pas le domicile.

La nationalité s'acquiert et se transmet par la filiation ; elle dépend de l'origine et de la race. Qui nous donne la filiation? Qui nous fait naître dans telle famille plutôt que dans telle autre, et qui nous rattache par notre naissance à la nation à laquelle la famille appartient? Ce n'est certes pas notre volonté. Serait-ce le hasard? Mot vide de sens, et qui ne signifie rien que notre ignorance. C'est à Dieu que nous devons la vie, et c'est lui qui, par un mystère dont nous ne pénétrons pas le dessein, rattache notre existence, notre mission, notre destinée tout entière à la nationalité qu'il nous donne. Shakespeare aurait-il pu naître Français ; et conçoit-on que Voltaire fût né Anglais? Ce qui est vrai des grands hommes est vrai de nous tous. Nous naissons Français, Anglais, Allemands, Italiens : c'est le principe de notre vie. En peut-on dire autant du domicile? L'enfant, en naissant, a aussi le domicile de son père. Presque toujours le domicile se confond avec la patrie ; mais faut-il demander si notre destinée dépend de notre domicile, ou si elle dépend de notre patrie? Quel est l'élément principal, et quel est l'élément accessoire? Il est inutile que je réponde : la voix de la patrie répond pour moi.

Le domicile que l'enfant a en naissant ne se confond pas toujours avec la patrie que la naissance lui donne. Ses parents sont domiciliés en France, il y aura son domicile ; mais si son père est Anglais, l'enfant sera Anglais. Quel est, dans ce cas, l'élément qui l'emportera, le domicile ou la patrie? Le domicile est un établissement temporaire, quoiqu'il soit principal ; la loi suppose et avec raison que le naturel anglais qui s'établit à l'étranger conserve l'esprit de retour : le code Napoléon ne veut même pas qu'un établissement de commerce, quoiqu'il forme l'unique ou le principal établissement du Français en pays étranger, soit considéré comme une preuve que le Français a perdu l'esprit de retour, et, par conséquent,

qu'il a abdiqué sa nationalité d'origine. Donc, c'est la nationalité qui l'emporte sur le domicile. Est-il nécessaire d'en dire la raison? On se fixe à l'étranger pour des motifs particuliers, la santé, les affaires; nous changeons de domicile quand d'autres motifs viennent nous y engager. Le lien de la patrie, au contraire, est permanent; les Anglo-Américains ne le contesteront pas, puisque, pendant des siècles, ils ont considéré ce lien comme indestructible.

Le changement de patrie et le changement de domicile sont-ils soumis aux-mêmes principes? Non, certes. D'après le droit français, rien n'est plus facile que de changer de domicile. Je quitte Gand, pour m'établir à Bruxelles, en faisant une déclaration à la maison commune des deux villes, que j'entends transférer mon domicile d'une ville dans l'autre. Cela suffit. En est-il de même du changement de nationalité? Toutes les législations exigent des conditions plus ou moins rigoureuses pour la naturalisation, et cela se comprend. Si l'expatriation est un droit, et si l'Etat dans lequel je veux acquérir la qualité de citoyen a le devoir moral de me recevoir, il a aussi le droit de déterminer les conditions sous lesquelles il consent à me naturaliser. Il y a quelque chose de factice dans la naturalisation; change-t-on de patrie dans les vingt-quatre heures? Les mille et un liens qui remontent à notre naissance, et par lesquels Dieu même nous attache au sol natal, se brisent-ils à volonté, et se renouent-ils avec une autre patrie, qui nous adopte? L'adoption n'imite jamais la nature, et l'on peut affirmer qu'il en est de même de la naturalisation. Ce n'est pas le naturalisé qui devient un naturel du pays où il se fixe, ce sont ses enfants; c'est une nouvelle génération, née et vivant d'une nouvelle vie, qui finira par s'assimiler aux naturels du pays. Dans le changement de domicile, il n'est pas question d'assimilation; loin de là, l'étranger reste et il veut rester citoyen de sa patrie; un jour suffit pour lui faire acquérir un nouveau domicile; une vie entière ne suffit point pour qu'il devienne un *naturel* d'un autre pays.

Voilà pourquoi le plus long séjour en pays étranger ne

fait pas perdre la qualité de naturel. On peut naître et mourir hors de sa patrie, sans perdre la nationalité que l'on tient de la naissance : la famille au sein de laquelle on naît, la langue que l'on parle, les sentiments et les idées nous rattachent à une patrie que nous n'avons jamais vue, par le sang qui coule dans nos veines. On peut changer dix fois de domicile pendant sa vie, et conserver toujours le souvenir de la patrie, ainsi que la volonté, le désir d'y rentrer. Tandis que l'on change de domicile, comme on change d'habitation, sans souvenir ni regret.

Il est vrai que l'on ne peut avoir qu'un domicile, comme on ne peut avoir qu'une patrie. Voilà une analogie; mais il n'en résulte pas que le domicile et la nationalité se confondent. Si je ne puis avoir qu'un seul domicile, c'est par un motif juridique, parce qu'il est impossible d'avoir deux principaux établissements. Du reste, ce principe ne touche pas à nos droits ni à nos devoirs. Il n'en est pas de même de la patrie. Dieu ne nous fait pas naître de deux pères ni de deux mères; l'unité de famille implique l'unité de nationalité. Tous les caractères qui constituent la nationalité sont exclusifs; les conditions physiques diffèrent, ainsi que les conditions intellectuelles et morales. Conçoit-on qu'un homme soit tout ensemble Anglais et Français? Cela n'a point de sens. Viennent ensuite les droits que donne la patrie, et les devoirs qu'elle impose : peut-on siéger au même moment, ou même successivement, au parlement anglais et dans les chambres françaises? Rappelons-nous ce qu'un juge américain dit du double domicile en temps de guerre (n° 257), ce qui serait d'une vérité saisissante si l'on pouvait avoir deux patries. On voit combien il est inexact de dire que les étrangers établis à demeure dans un pays deviennent *habitants* de ce pays. Story répète ce mot de Heffter. L'expression *habitants* est si vague, qu'on peut l'interpréter comme on veut. Celui qui est domicilié à demeure est certainement un habitant, mais il est tout aussi certain qu'il n'est ni sujet, ni naturel, ni naturalisé; ses enfants mêmes et ses descendants ne le seraient pas, d'après le code Napoléon, quand même le séjour de leur famille en France aurait duré pendant des siècles. J'ai

déjà signalé l'anomalie qui en résulte : c'est qu'il y a un grand nombre de personnes qui n'ont plus aucune patrie. Le législateur doit mettre fin à cette anomalie ; le domicile permanent et sans esprit de retour, s'il fait perdre la nationalité d'origine, devrait aussi faire acquérir une nationalité nouvelle à ceux qui s'expatrient. Je renvoie à ce que j'ai dit dans le cours de ces Etudes (1).

§ II. — *Le domicile de l'étranger.*

263. On lit dans le Nouveau Traité de droit international privé de Brocher (p. 201) : « Le domicile exerçant une grande influence en droit international privé, nous dirons quelques mots sur trois questions sur lesquelles il y a eu controverse en France : 1° Le Français peut-il avoir un domicile à l'étranger ? 2° L'étranger peut-il avoir un domicile en France, hors du cas d'autorisation prévu par l'article 13 du code Napoléon ? 3° L'autorisation d'établir son domicile en France soumet-elle l'étranger à la loi française, quant à son statut personnel ? » Je vais examiner les mêmes questions. Quant aux principes généraux qui régissent le domicile en droit français, je renvoie à mon Traité de droit civil.

La première question n'en est pas une, puisqu'elle est décidée par le texte du code civil, et les principes ne laissent aucun doute. Aux termes de l'article 102, « le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement ». La loi ne dit pas que ce lieu doit être en France, et il n'y avait aucune raison d'exiger telle condition. Le Français a le droit de s'expatrier ; à plus forte raison a-t-il le droit de s'établir en pays étranger ; c'est une conséquence de la liberté individuelle. L'établissement que le Français a à l'étranger peut être son établissement principal, unique ; dès lors, il y a son domicile en vertu de l'article 102. Dira-t-on que le Français qui a son établissement principal en pays étranger s'y fixe par cela même à demeure,

(1) Comparez ce que Story dit du *Domicile*, §§ 46-48, p. 41, de la 7e édition.

et partant sans esprit de retour, ce qui lui fait perdre la qualité de Français? Cè serait très mal raisonner. En effet, cela aboutit à dire que l'on ne peut avoir un domicile temporaire, ce qui serait une hérésie juridique. Le Français ne peut-il pas changer de domicile à volonté, et aussi souvent qu'il veut? Et s'il use de ce droit, il aura plusieurs domiciles successivement et, par conséquent, tous temporaires. En serait-il par hasard autrement si le Français allait établir son domicile à l'étranger? Non, et l'on peut ajouter évidemment, bien qu'on doive trembler de prononcer ce mot en droit. Si je prends domicile en France, ne puis-je pas quitter la France pour établir mon domicile en Suisse, puis en Italie? Donc, j'aurai des domiciles temporaires. L'objection que le Français qui s'établit à demeure à l'étranger perd nécessairement l'esprit de retour est réfutée par le texte même du code civil. Aux termes de l'article 17, la qualité de Français se perd par l'établissement fait en pays étranger, sans esprit de retour; la loi ajoute que les établissements de commerce ne pourront *jamais* être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour. Cependant, un établissement de commerce peut former le principal établissement du Français, et constituer, par conséquent, son domicile, d'après la définition de l'article 102. Cela prouve que l'esprit de retour n'a rien de commun avec le domicile. En quittant Gand, où je suis domicilié, pour établir mon domicile à Bruxelles, je puis très bien avoir l'intention de revenir à Gand; j'ai, en ce sens, l'esprit de retour, néanmoins j'aurai mon domicile à Bruxelles. De même, le Français sera domicilié à l'étranger s'il y transporte son principal établissement, tout en conservant l'esprit de retour. S'il s'établit en pays étranger sans esprit de retour, il perdra la qualité de Français; il fera plus que changer de domicile, il émigrera : ce sera une expatriation; dans ce cas, la question que je discute ne se présentera point, puisque le Français cessera d'être Français; en s'expatriant, il changera tout ensemble de nationalité et de domicile; régulièrement, il acquerra une nationalité nouvelle, ce qui est un tout autre ordre d'idées.

On fait encore d'autres objections, auxquelles je crois inutile de répondre ici, puisque j'y ai déjà répondu dans mes *Principes de droit civil*, et à mon avis, elles sont sans valeur aucune. La question n'aurait jamais dû être controversée, puisque la solution en est certaine (1).

264. L'étranger peut-il avoir un domicile en France? Cette question est très controversée. Comme l'opinion que j'ai émise dans mes *Principes de droit civil* est rejetée par la jurisprudence française, je suis obligé de m'y arrêter, pour défendre ce que je considère comme les vrais principes. Brocher répond en ces termes : « Notre seconde question a soulevé une controverse assez confuse. Les arrêts s'y rapportant peuvent sembler en désaccord; nous croyons, toutefois, qu'ils doivent se ramener à la doctrine suivante: L'étranger n'acquiert un véritable domicile en France que par l'autorisation prévue en l'article 13 du code Napoléon, c'est-à-dire en obtenant du gouvernement l'autorisation d'y établir son domicile; mais il peut, sans une telle autorisation, acquérir une résidence assez stable pour ressortir une partie des effets généralement attribués au domicile (2). »

Je dois avouer que je n'aime pas cette manière de décider les questions de droit, en se bornant à citer la jurisprudence. C'est assez l'habitude des jurisconsultes étrangers qui traitent du droit civil international; ils invoquent les arrêts comme si les arrêts étaient la loi. Je demande, et tel est bien le droit de l'interprète, pour mieux dire, son devoir : Que dit la loi? La jurisprudence n'a de valeur que si elle est conforme au texte et à l'esprit de la loi. Il ne suffit donc pas de citer des arrêts, il faut discuter les motifs qu'ils donnent, car il est bien évident que tant valent les motifs, tant vaut l'arrêt. Or, si l'on examine la jurisprudence, dans notre espèce, à ce point de vue, elle perd toute autorité, car elle est en opposition avec le texte de la loi. En effet, elle revient à dire qu'il y a, outre le domicile tel que l'article 102 du code le définit, un autre do-

(1) Voyez mes *Principes*, t. II, p. 92, nº 67. Brocher, *Nouveau traité de droit international privé*, p. 202.
(2) Brocher, *Droit international privé*, p. 203 et suiv.

micile, celui des étrangers établis en France sans l'autorisation du gouvernement. Qu'on veuille bien me dire quel est l'article du code civil qui distingue deux espèces de domiciles; et s'il n'y a point de loi, j'en conclus que la jurisprudence a créé un domicile que la loi ignore, or un domicile extra-légal n'est rien, et n'a aucun autre effet qu'une résidence de fait. En créant un domicile qui n'est pas le domicile de l'article 102, et qui est plus que la résidence ou l'habitation, la cour de cassation a fait la loi, or elle n'a pas ce droit. C'est là ce qui trompe les jurisconsultes étrangers; ils croient que les tribunaux ont, dans la législation française, la même autorité qu'avaient jadis la doctrine ainsi que la jurisprudence, autorité qu'elles ont encore dans les pays de droit coutumier, tels que l'Allemagne, l'Angleterre et les Etats-Unis. Il n'en est rien. Là où le droit gît en coutumes, les légistes, jurisconsultes ou magistrats prennent part à la formation du droit. Savigny parle d'un *droit des juristes* (1), comme si les interprètes faisaient le droit : cela était vrai jadis, cela n'est plus vrai sous l'empire de nos codes; nous sommes liés, enchaînés par le droit tel qu'il est formulé dans nos codes, donc nous ne faisons plus le droit. Cela suffit pour convaincre d'erreur la jurisprudence qui s'est formée sur la question que je discute (2). Il ne saurait y avoir d'autre domicile que celui de l'article 102; donc le domicile imaginé par la cour de cassation, et qui diffère tout ensemble du domicile de l'article 102 et de la simple résidence, est inadmissible, puisqu'il est contraire au texte du code civil. Tout ce que l'on peut soutenir, c'est que l'étranger n'a point de domicile en France, et que partant il n'y a qu'une résidence de fait, tant qu'il n'a pas reçu du gouvernement l'autorisation d'établir son domicile en France.

On invoque des textes, et notamment l'article 13 du code Napoléon, aux termes duquel, « l'étranger qui aura

(1) *Juristenrecht.*

(2) La jurisprudence belge est contraire dans le sens de mon opinion. Arrêt de la cour de cassation, sur le réquisitoire de M. Leclercq, procureur général (*Pasicrisie*, 1848, 1, 358). Comparez jugement du tribunal de Bruxelles, du 5 janvier 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 3, 64).

été admis par l'autorisation de l'empereur à établir son domicile en France, y jouira de tous les droits civils, tant qu'il continuera d'y résider ». De là on induit que l'étranger ne peut avoir de domicile en France que s'il a obtenu cette autorisation. Il suffit de lire l'article 13, pour se convaincre que les interprètes font dire à la loi ce qu'elle ne dit point, et ce qu'elle n'a pas voulu dire. De quoi s'agit-il dans l'article 13? Le législateur entend-il décider dans quel cas et sous quelle condition l'étranger peut avoir un domicile en France? Non, et on peut dire que cela est évident. Le texte de la loi même le prouve. Sous quel titre se trouve placé l'article 13? Est-ce au titre du *Domicile?* Non, c'est au titre de la *Jouissance des droits civils*. Ce n'est donc pas une question de *domicile* que le législateur entend décider, c'est une question de *jouissance des droits civils*. Il venait de dire, dans l'article 11 que l'étranger ne jouissait pas, en principe, des droits civils, qu'il n'acquérait cette jouissance que par des traités de réciprocité, qui pouvaient ne pas exister. Voilà pourquoi les auteurs du code ont voulu donner à l'étranger un moyen facile d'acquérir la jouissance des droits civils, c'est de demander au gouvernement l'autorisation de s'établir en France. Tel est l'uniqne objet de l'article 13. Chose remarquable, la cour de cassation elle-même le dit dans un de ses arrêts : « Attendu que l'article 13 a pour *objet* d'indiquer comment un *étranger* peut *acquérir* la *jouissance* des *droits civils;* que l'*autorisation du gouvernement* ne *s'impose pas* à l'étranger comme une *condition préalable à l'établissement de son domicile en France,* mais comme un moyen d'assurer les effets de cet établissement relativement aux *droits civils* dont il veut se procurer *la jouissance.* » Si l'article 13 est étranger à la question de savoir comment un étranger peut acquérir un domicile en France, il est impossible que ledit article ait tranché cettè question : comment le législateur aurait-il décidé par l'article 13 une difficulté qu'il n'avait pas en vue, à laquelle il ne pensait point? Cependant, après avoir si bien interprété l'article 13, la cour de cassation en déduit cette étrange conséquence : « Qu'aucune *loi* ne *s'oppose* à ce

que l'étranger, fixé en France sans y avoir obtenu cette autorisation, y acquière et y conserve un *domicile de fait* entraînant *certaines conséquences*, telles que de le soumettre à la juridiction des tribunaux français, et de déterminer la compétence du juge qui devra connaître, après son décès, de la succession qu'il laissera en France (1). » Je dis que l'argumentation est étrange. S'il ne faut pas à l'étranger une autorisation du gouvernement pour acquérir un domicile en France, qu'en faut-il conclure? C'est qu'il reste sous l'empire du droit commun. Et pourquoi n'y resterait-il pas? Ne peut-il pas avoir son *principal établissement* en France, avec l'intention d'abandonner le domicile qu'il avait dans sa patrie, pour en acquérir un nouveau en France? Dès lors il y a son *domicile*, aux termes de l'article 102. Au lieu de maintenir le droit commun pour le domicile de l'étranger, puisque la loi ne fait pas d'exception à son égard, que fait la cour de cassation? Elle crée pour l'étranger un domicile autre que celui de l'article 102, un domicile qu'elle appelle *domicile de fait*, et auquel elle attribue *certaines conséquences*. Je demanderai à la cour qui lui permet de créer un domicile *de fait* que la loi ignore, qui lui permet d'attribuer à ce domicile *de fait*, qui n'est pas le domicile de l'article 102, *certains* effets du domicile de droit ; et si elle lui attribue *certains* effets, les plus considérables, pourquoi ne lui attribue-t-elle pas tous les effets du domicile de droit? Je ne trouve pas de réponse à ces questions, sinon que la cour de cassation s'est mise en dehors de la loi et au-dessus de la loi.

C'est cependant cette doctrine qui prévaut dans la jurisprudence. La cour de cassation a appliqué le principe extra-légal, qu'elle a créé, dans une affaire très importante sur laquelle je reviendrai. Pour le moment je ne m'occupe que de la question de domicile. Un enfant naturel d'un hussard bavarois, né à Passau, suit en France sa mère laquelle s'y marie; il y prend du service, se marie, et sa

(1) Rejet, 7 juillet 1874 (Dalloz, 1875, 1, 271). Il y a un ancien arrêt de la cour de cassation du 8 thermidor an XI, dans le sens de mon opinion (Dalloz, au mot *Droit civil*, n° 383).

femme fait un opulent héritage, dont la moitié lui revient, à titre d'époux commun en biens; ses collatéraux bavarois réclament la succession. La cour de Pau décide que le défunt avait eu son domicile en France, que partant la succession était régie par le droit français, puisqu'elle était exclusivement mobilière, et que les meubles sont régis par la loi du domicile; or la loi française n'accorde aucun droit d'hérédité aux collatéraux d'un enfant naturel; il en résultait que la succession était en déshérence et que, par suite, elle appartenait à l'Etat. Pourvoi en cassation. L'arrêt est cassé par le motif que le défunt, étant étranger, ne pouvait avoir de domicile en France à raison des circonstances de fait que la cour d'appel avait relevées pour en induire que le défunt avait acquis un domicile en France : la mère mariée avec un Français était devenue Française, donc elle avait un domicile légal en France, et l'enfant suivant le domicile de sa mère, il avait aussi un domicile de droit en France, et toutes les circonstances de sa vie attestaient qu'il avait conservé ce domicile. La cour de cassation décida que « ces faits ne suffisaient pas pour attribuer à un étranger un domicile légal avec les effets juridiques qui y sont attachés, et de nature, suivant les prétentions de l'administration des domaines, à soumettre sa succession aux règles établies par la loi française. La cour cassa, en conséquence, l'arrêt attaqué, pour avoir violé l'article 13 du code civil (1). L'arrêt est assez mal rédigé, mais la cassation, fondée sur la violation de l'article 13, ne laisse aucun doute sur la pensée de la cour : l'étranger n'a un domicile légal en France qu'en vertu de l'autorisation du gouvernement. Cependant la cour avait jugé, par son arrêt de 1874, que cet article n'avait rien de commun avec la question de domicile, et qu'il ne concernait que la jouissance des droits civils. Comment la cour d'appel pouvait-elle, en décidant une question de domicile, violer l'article 13 qui décide une question de jouissance des droits civils?

La cour de renvoi s'est expliquée plus clairement. Elle

(1) Cassation, 5 mai 1875 (Dalloz, 1875, 1, 343).

établit très bien que le défunt, enfant naturel d'un Bavarois, n'avait acquis la nationalité française, ni par des faits équipollents à une naturalisation, ni par le mariage de sa mère avec un Français; j'ai cité, ici même, sa décision sur ces points, et elle est à l'abri de toute contestation. La cour de Bordeaux établit ensuite que le défunt avait conservé sa qualité de Bavarois; restait à savoir s'il avait acquis un domicile légal en France, et si par suite sa succession était régie par la loi française, conformément à l'opinion généralement admise que la succession mobilière est régie par la loi du domicile. Je conteste ce principe, la loi du domicile, admise dans l'ancien droit, est remplacée par la loi nationale, comme je l'ai établi dans le cours de ces Etudes (1), et j'y reviendrai. Si la cour avait adopté le principe de nationalité, la difficulté était tranchée, puisque le défunt était resté Bavarois, tandis que sa décision est plus que douteuse, sur le terrain du domicile. On lit dans l'arrêt : « Attendu que les conditions imposées à l'étranger qui veut fixer son domicile en France sont déterminées par la *loi;* qu'il doit obtenir l'autorisation du chef de l'Etat, et que rien ne peut le dispenser de cette obligation. » La loi que la cour invoque est l'article 13, et cet article, de l'aveu même de la cour de cassation, ne concerne que la jouissance des droits civils (2). Ainsi la cour de Bordeaux fonde sa décision sur une loi qui n'existe pas. Sa décision n'a d'autre fondement que la jurisprudence de la cour de cassation, et cette jurisprudence se réduit à une fausse conséquence déduite de l'article 13. La succession fut adjugée aux parents bavarois.

Je me suis arrêté longuement sur la question du domicile de l'étranger, parce qu'elle a une importance capitale pour le droit international privé, dans l'opinion qui règle le droit de succession d'après le domicile du défunt. La question a encore une importance plus grande en ce qui concerne l'interprétation des lois. L'interprétation que la cour de cassation donne à l'article 13 découle d'un faux

(1) Voyez le t. II de ces Etudes p. 214, nos 114-128.
(2) Bordeaux, 24 mai 1876 (Dalloz, 1878, 2, 79).

femme fait un … égaré les tribunaux et vient, à titre … bien dit que l'article 13 n'a bavarois ré… les conditions requises pour que le déf… domicile en France; il a pour la succe… l'étranger un moyen facile d'ac- était e… droits civils. Et cependant la cour régis … l'autorisation, l'étranger ne peut avoir aucı… en France. Elle applique donc la loi à tur… de celui que le législateur a eu en vue. et … Voilà le faux principe que j'ai signalé dans l'*Introduction* à mon *Cours élémentaire de droit civil* (1). Là où il y a des lois, le texte est l'autorité suprême; reste à savoir dans quels cas le texte doit recevoir son application. Il y a, à cet égard, une règle d'interprétation qui est fondamentale: « Il faut voir quel est l'objet que le législateur a eu en vue et qu'il a entendu régler, et restreindre par conséquent le texte dans ces limites. Si on les dépasse, on fait nécessairement dire au législateur autre chose que ce qu'il a voulu dire, car il n'a pas pensé à ce qu'on lui fait dire; il n'a donc pas pu décider ce que l'interprète prétend qu'il a décidé. C'est aboutir à une fausse interprétation en appliquant la loi à un ordre de choses pour lequel elle n'a point été faite. »

Je viens d'en donner la preuve en montrant que la jurisprudence applique à faux l'article 13 du code Napoléon, en faisant décider au législateur une question de domicile, alors qu'il n'a eu pour objet que de donner à l'étranger la jouissance des droits civils. Chose singulière! Dans ce même débat on invoque encore deux autres textes que l'on interprète également à faux. L'article 102 dit que le domicile de tout *Français*, quant à l'exercice de ses *droits civils*, est au lieu où il a son principal établissement. On en conclut que, en principe, le *Français seul* a un *domicile*. Cela suppose que l'objet de l'article 102 est de décider si l'étranger peut avoir un domicile; or, il n'en est rien; le législateur a voulu distinguer le domicile *politique* du domicile *civil*, et cette distinction ne reçoit d'ap-

(1) Voyez le t. Ier de mon *Cours élémentaire*, p. 66.

plication qu'aux *Français*. On cite encore un avis du conseil d'État du 18 prairial an XI, et c'est de nouveau une disposition que l'on détourne de son objet, et qui d'ailleurs n'a pas même d'autorité légale, puisqu'elle n'a jamais été publiée légalement. Le conseil d'Etat était consulté sur la question de savoir si l'étranger qui veut devenir citoyen français conformément à la constitution de l'an VIII doit s'établir en France avec l'autorisation du gouvernement; il répondit que, dans *tous les cas* où un étranger veut s'établir en France, il est tenu d'obtenir l'autorisation du gouvernement. Cela veut-il dire, comme on le prétend, que l'étranger ne peut avoir de domicile en France que s'il s'y établit avec autorisation? C'est faire dire au conseil d'État ce qu'il ne pouvait avoir l'intention de dire, car il n'était pas consulté sur la question, il n'a donc pas pu la décider (1). Ainsi, dans un seul débat, on cite et l'on interprète à faux trois textes, parce qu'on les détourne de l'objet que le législateur avait en vue.

265. L'autorisation d'établir son domicile en France soumet-elle l'étranger à la loi française, quant à son statut personnel? ou conserve-t-il le statut qu'il tenait de sa loi nationale? Cette question est aussi controversée, et c'est une de celles sur lesquelles le conflit se perpétuera, tant que l'on ne se sera pas entendu sur le principe qui détermine le statut. Dans l'ancien droit, c'était le domicile, et ce principe s'est maintenu en Allemagne, et chez les Anglo-Américains. Le code civil ne décide pas formellement la question, ce qui a permis à des jurisconsultes français de soutenir que le principe traditionnel restait applicable. J'ai traité longuement la question dans ces Etudes; je renvoie à ce que j'ai dit. La controverse qui s'est élevée sur la succession mobilière d'un Bavarois, enfant naturel, établi en France, vient à l'appui de ma doctrine. Le statut personnel dépend de la nationalité; car s'il y a des lois personnelles, c'est précisément parce qu'elles sont l'expression de mille circonstances physiques, intellectuelles et morales qui constituent la nationalité. Qu'importe donc

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, p. 94, n° 68

principe qui n'a que trop souvent égaré les tribunaux et les auteurs. La cour a très bien dit que l'article 13 n'a pas pour objet de déterminer les conditions requises pour qu'un étranger acquière un domicile en France; il a pour objet unique de donner à l'étranger un moyen facile d'acquérir la jouissance des droits civils. Et cependant la cour en conclut que, sans l'autorisation, l'étranger ne peut avoir un domicile légal en France. Elle applique donc la loi à un objet différent de celui que le législateur a eu en vue. Voilà le faux principe que j'ai signalé dans l'*Introduction* à mon *Cours élémentaire de droit civil* (1). Là où il y a des lois, le texte est l'autorité suprême; reste à savoir dans quels cas le texte doit recevoir son application. Il y a, à cet égard, une règle d'interprétation qui est fondamentale: « Il faut voir quel est l'objet que le législateur a eu en vue et qu'il a entendu régler, et restreindre par conséquent le texte dans ces limites. Si on les dépasse, on fait nécessairement dire au législateur autre chose que ce qu'il a voulu dire, car il n'a pas pensé à ce qu'on lui fait dire; il n'a donc pas pu décider ce que l'interprète prétend qu'il a décidé. C'est aboutir à une fausse interprétation en appliquant la loi à un ordre de choses pour lequel elle n'a point été faite. »

Je viens d'en donner la preuve en montrant que la jurisprudence applique à faux l'article 13 du code Napoléon, en faisant décider au législateur une question de domicile, alors qu'il n'a eu pour objet que de donner à l'étranger la jouissance des droits civils. Chose singulière! Dans ce même débat on invoque encore deux autres textes que l'on interprète également à faux. L'article 102 dit que le domicile de tout *Français*, quant à l'exercice de ses *droits civils*, est au lieu où il a son principal établissement. On en conclut que, en principe, le *Français seul* a un *domicile*. Cela suppose que l'objet de l'article 102 est de décider si l'étranger peut avoir un domicile; or, il n'en est rien; le législateur a voulu distinguer le domicile *politique* du domicile *civil*, et cette distinction ne reçoit d'ap-

(1) Voyez le t. Ier de mon *Cours élémentaire*, p. 66.

plication qu'aux *Français*. On cite encore un avis du conseil d'État du 18 prairial an XI, et c'est de nouveau une disposition que l'on détourne de son objet, et qui d'ailleurs n'a pas même d'autorité légale, puisqu'elle n'a jamais été publiée légalement. Le conseil d'Etat était consulté sur la question de savoir si l'étranger qui veut devenir citoyen français conformément à la constitution de l'an VIII doit s'établir en France avec l'autorisation du gouvernement; il répondit que, dans *tous les cas* où un étranger veut s'établir en France, il est tenu d'obtenir l'autorisation du gouvernement. Cela veut-il dire, comme on le prétend, que l'étranger ne peut avoir de domicile en France que s'il s'y établit avec autorisation? C'est faire dire au conseil d'État ce qu'il ne pouvait avoir l'intention de dire, car il n'était pas consulté sur la question, il n'a donc pas pu la décider (1). Ainsi, dans un seul débat, on cite et l'on interprète à faux trois textes, parce qu'on les détourne de l'objet que le législateur avait en vue.

265. L'autorisation d'établir son domicile en France soumet-elle l'étranger à la loi française, quant à son statut personnel? ou conserve-t-il le statut qu'il tenait de sa loi nationale? Cette question est aussi controversée, et c'est une de celles sur lesquelles le conflit se perpétuera, tant que l'on ne se sera pas entendu sur le principe qui détermine le statut. Dans l'ancien droit, c'était le domicile, et ce principe s'est maintenu en Allemagne, et chez les Anglo-Américains. Le code civil ne décide pas formellement la question, ce qui a permis à des jurisconsultes français de soutenir que le principe traditionnel restait applicable. J'ai traité longuement la question dans ces Etudes; je renvoie à ce que j'ai dit. La controverse qui s'est élevée sur la succession mobilière d'un Bavarois, enfant naturel, établi en France, vient à l'appui de ma doctrine. Le statut personnel dépend de la nationalité; car s'il y a des lois personnelles, c'est précisément parce qu'elles sont l'expression de mille circonstances physiques, intellectuelles et morales qui constituent la nationalité. Qu'importe donc

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, p. 94, n° 68

que celui qui conserve sa nationalité change de domicile? Le Bavarois cessera-t-il d'être un Allemand de race, de caractère, de sentiments et d'idées, parce qu'il établit son domicile en France? Non, certes; son statut personnel tient à sa nationalité allemande; donc il conserve son statut tant qu'il conservera sa nationalité. Dans l'espèce, un Bavarois établi et, je le suppose, domicilié en France, meurt laissant un riche héritage. Dans mon opinion, cet héritage appartient aux parents qui y sont appelés en vertu de sa loi nationale; or, d'après la loi bavaroise, les collatéraux d'un enfant naturel lui succèdent; il en résultera que l'héritage restera à la famille. Dans l'opinion contraire, qui attache le statut au domicile, la succession sera régie par la loi française; or, celle-ci ne reconnaît aucun droit aux parents de l'enfant naturel, parce qu'il n'a point de famille; la conséquence en sera que la succession en déshérence appartiendra à l'Etat. Lequel des deux systèmes est le plus rationnel? Certainement celui qui maintient les droits de la famille.

Je suppose maintenant que le Bavarois, dans l'espèce, se fût établi en France avec l'autorisation du gouvernement, serait-ce une raison pour déterminer son statut par la loi française? Dans l'espèce, le statut français aurait abouti à dépouiller la famille de l'étranger; ce n'était certes pas là son intention en demandant l'autorisation de s'établir en France; il voulait être relevé de l'incapacité qui, d'après le code Napoléon, frappe l'étranger; il voulait acquérir la jouissance des droits civils en France, par exemple avoir droit à l'hypothèque légale, avoir le droit de succéder. Mais entendait-il subordonner l'exercice de ces droits à la loi française? La question n'a point de sens; d'abord parce que l'étranger ne peut pas être censé se soumettre à des lois qu'il ne connaît point; ensuite parce qu'il ne peut pas exercer en France des droits qui ne lui appartiennent pas en vertu de son statut national. Je suppose que le code déclare que les étrangers jouiront, sans autorisation aucune, des mêmes droits privés que les indigènes; c'est la disposition du code italien, et elle sera certainement admise par le nouveau code civil que

l'on prépare en Belgique. Cette assimilation des étrangers aux Belges aura-t-elle pour effet de donner aux étrangers le statut belge? Non certes. Ainsi dans l'exemple que je viens de citer, le mineur étranger n'aura point d'hypothèque légale en Belgique si son statut personnel ne lui donne pas cette garantie (1).

On objecte que la pensée des auteurs du code paraît avoir été qu'au point de vue du droit privé aucune différence ne doit subsister entre le Français et l'étranger admis à établir son domicile en France (2). Il n'est plus entièrement étranger, a dit Emmery. Y a-t-il par hasard des demi-étrangers et des demi-Français? L'étranger simplement domicilié reste étranger, puisqu'il n'acquiert pas la qualité de Français, donc il conserve son statut national. C'est une sorte d'*adoption civile*, disait Boulay. Non, c'est donner, par exception, à un étranger la jouissance des droits civils que le législateur devrait donner à tous les étrangers, et cette communauté de droit ne les priverait certes pas de leur nationalité, ni de leur statut national. Enfin Treilhard dit que peut-être cet étranger aura perdu l'exercice des droits civils dans sa terre natale, uniquement parce qu'il aura transporté son domicile en France. Si cela veut dire que l'étranger est déchu de sa nationalité, il est évident qu'il ne pourra plus réclamer son statut national, puisqu'il n'a plus de patrie; il aura alors forcément le statut français, pour mieux dire, il sera régi en tout par la loi du territoire.

On fait une objection plus spécieuse (3). Supposez que l'étranger autorisé à établir son domicile en France soit un Anglais; la loi anglaise n'admet pas l'adoption; si l'on admet que l'Anglais sera régi par son statut national, il ne pourra pas profiter du droit civil français qui consacre l'adoption. Il ne sera donc pas vrai de dire qu'il jouira de tous les droits civils en France. Non, par la raison bien

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 181, nos 116 et t. XXX, nos 252 et 253.
(2) Demangeat, *Histoire de la condition des étrangers en France*, p. 414.
(3) Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales du code Napoléon* (1867), p. 10, no 9 *ter*.

simple qu'il reste Anglais, et que, comme Anglais, il ne peut pas adopter. De même il ne pourra pas être témoin à un testament, parce qu'il n'est pas Français. C'est l'application du principe que l'étranger domicilié reste étranger : la conséquence logique est qu'il conserve le statut attaché à la qualité d'étranger, et qu'il ne peut pas exercer les droits pour l'exercice desquels la loi exige la qualité de Français. Telle est l'opinion généralement suivie (1).

266. Il y a des étrangers privilégiés ; ce sont les Français qui ont perdu leur nationalité en se faisant naturaliser en pays étranger, ou en s'y établissant sans esprit de retour. Le code Napoléon leur permet de recouvrer la qualité de Français en rentrant en France avec l'autorisation de l'empereur et en déclarant qu'ils veulent s'y fixer. Il est d'évidence que ces ci-devant Français seront régis par le statut français, puisqu'ils recouvrent la nationalité française, tandis que les étrangers établis en France avec autorisation restent étrangers. Si les Français naturalisés en pays étranger rentraient en France sans autorisation, ils resteraient étrangers, et par conséquent ils conserveraient le statut de leur patrie d'adoption. Il a été jugé qu'ils ne pouvaient pas avoir de domicile en France (2). C'est l'application du principe consacré par la jurisprudence française, principe que je viens de combattre (n° 264). Le Français naturalisé, comme tout étranger, peut avoir en France son principal établissement, donc il y aura son domicile, mais il conservera son statut étranger en supposant, bien entendu, qu'il conserve sa patrie d'adoption.

267. Le domicile, qui joue un grand rôle dans la doctrine de ceux qui déterminent le statut d'après le domicile, perd toute importance quand on part du principe que le statut personnel est le statut national. Ce nouveau principe doit recevoir son application dans tous les cas où, d'après l'ancien droit, on suivait la loi du domicile. Je viens d'en faire la remarque pour le statut qui régit les

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 571, et dans le même sens, Duranton, Aubry et Rau et Demolombe.
(2) Bordeaux, 5 août 1872 (Dalloz, 1873, 2, 149).

successions mobilières. La jurisprudence française est restée attachée au principe traditionnel du domicile (n° 264). Cela serait logique si le domicile déterminait toujours le statut personnel; mais la doctrine de l'ancien droit se concilie difficilement avec l'article 3 du code Napoléon; même abstraction faite du texte, l'abrogation des coutumes a été la conséquence de l'avénement d'un droit national, et un droit national est incompatible avec la distinction des statuts fondée sur le domicile. Le principe des coutumes variant d'après le domicile ayant fait place au principe des lois nationales, le nouveau principe doit être appliqué dans tous les cas où il y a conflit de lois nationales. Il en est ainsi pour la loi qui régit les meubles, et, par suite, les successions mobilières. Je renvoie à ce que j'ai dit dans le cours de ces Etudes (1).

Il y a encore un cas dans lequel on suit la loi du domicile, c'est pour les conventions matrimoniales. A mon avis, le statut personnel est hors de cause quand il s'agit de conventions; c'est la volonté des parties contractantes qui leur tient lieu de loi; et cette volonté n'est pas liée par les statuts. J'ai établi ce principe dans l'exposé des règles générales de notre science (2) : il reçoit son application aux conventions matrimoniales. J'y reviendrai.

SECTION III. — Du changement de domicile et du changement de nationalité.

268. Dans l'ancien droit, il y avait de grandes controverses et des difficultés sérieuses sur l'effet que produisait le changement de domicile, en matière de statuts. Le statut personnel qui règle l'état et la capacité dépendant du domicile, en fallait-il conclure que le statut change quand la personne change de domicile? ou l'état et la capacité, une fois établis par la loi du domicile d'origine, restent-ils immuables, malgré le changement de domicile? Les deux systèmes avaient leurs partisans. Quand une succession mobilière s'ouvrait, fallait-il la régler par

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, p. 312, n°s 169-172; et p. 214, n°s 114-116.
(2) Voyez le t. II de ces Etudes, p. 381, n°s 212-214.

la loi du domicile que le défunt avait lors de sa mort, ou par son domicile d'origine? Les conventions matrimoniales dépendaient-elles du domicile que le mari avait lors du mariage, ou de son domicile actuel? Ces difficultés se présentent encore aujourd'hui sous l'empire du code Napoléon, puisque la question de savoir si le statut personnel est déterminé par le domicile ou par la nationalité est toujours controversée. Elles se présentent surtout dans les pays où le droit varie d'après le domicile et là où l'on admet le même principe pour le conflit des lois nationales. Je suis donc obligé d'entrer dans le détail de ces difficultés : ce que je dirai du domicile a toujours un intérêt pratique, à raison du conflit qui règne en cette matière entre les diverses législations. Mon but est d'arriver à la conciliation de ces principes contraires : j'espère que la comparaison que j'établirai sur chaque point controversé démontrera que la nationalité doit être préférée au domicile, au moins dans le conflit des lois nationales, le seul dont je m'occupe dans ces Etudes. Quant au conflit des coutumes ou statuts qui existe encore dans l'intérieur de quelques Etats, tels que l'Allemagne, l'Angleterre et les Etats-Unis, il ne peut être vidé que par le principe du domicile. Je le laisse de côté, puisqu'il concerne le droit intérieur des diverses parties d'un même Etat plutôt que le droit international.

§ I. — *Les deux principes.*

N° 1. LE PRINCIPE DU DOMICILE.

269. J'ai dit, dans l'histoire du droit international privé, qu'il y avait deux écoles parmi les anciens jurisconsultes : l'une procédant du droit féodal, qui réputait toute coutume réelle, et n'admettait la personnalité des statuts que par exception, en cherchant à le restreindre et, pour ainsi dire, à l'annuler dans l'application ; je les appelle les réalistes, parce qu'ils donnent tout au statut réel ; d'Argentré en France, Bourgoingne en Belgique, Voet dans les Provinces-Unies, sont les représentants de

cette école, tous jurisconsultes de premier ordre. Il y avait une autre école, procédant des glossateurs, qui donnait plus à la personnalité et qui finit par renverser l'adage féodal en posant comme principe que les statuts personnels étaient la règle et les statuts réels l'exception. Cette dernière tendance dominait dans le droit français; elle avait pour chef Charles Dumoulin, le plus grand des jurisconsultes coutumiers; le président Bouhier mérite d'être cité à côté de lui. Froland et Boullenois vulgarisèrent les opinions de cette école; elle n'avait rien d'arrêté, les dissentiments ne manquaient pas, ni les inconséquences. Ce conflit de principes contraires existe aussi dans la question du changement de domicile. La difficulté se présentait journellement dans l'intérieur de la France; les coutumes y étaient nombreuses, et les changements de domicile fréquents dans un seul et même pays. Il ne fallait pas même sortir de sa province pour être soumis à un statut différent; les coutumes variaient d'une ville, d'un village à l'autre. Le droit des personnes changeait-il quand elles changeaient de domicile? Il n'y avait aucun doute pour les statuts réels, pour mieux dire, la difficulté ne se présentait pas. puisque ces statuts sont indépendants du domicile de la personne. Mais que fallait-il dire des statuts personnels, qui étaient appelés ainsi, parce qu'ils s'attachaient à la personne, de manière qu'ils en devenaient inséparables?

Les réalistes étaient unanimes à répondre que le statut personnel étant déterminé par le domicile, il fallait toujours avoir égard au domicile actuel. D'Argentré dit que l'on n'a jamais égard au domicile d'origine (1), et rien de plus logique dans le système féodal; c'est le territoire qui dominait toutes les relations civiles et politiques; il donnait la souveraineté, il donnait la liberté là où l'air rendait libre; il imprimait la servitude là où l'air rendait serf. Celui qui se trouvait sur le territoire était donc nécessairement régi par la loi territoriale. Les légistes, imbus de l'esprit féodal, appliquèrent le principe de territorialité, même au

(1) D'Argentré, *Sur la coutume de Bretagne*, art. 218, n[os] 47 et 49.

statut personnel; c'était une exception à la réalité, et il dépendait naturellement de la loi territoriale de limiter la portée et l'étendue de cette exception. Bourgoingne en conclut que pour savoir si une femme est sous puissance maritale, ou à quel âge un mineur peut contracter, il faut consulter la loi du domicile. La comparaison dont il se sert pour donner une idée de la personnalité pourrait cependant conduire à une conséquence contraire : c'est, dit le légiste belge, comme une cicatrice que l'homme porte partout avec lui, puisqu'elle affecte son corps. Est-ce que les cicatrices se ferment par hasard quand la personne change de domicile? Le corps reste le même, la personne est identique : n'en faudrait-il pas conclure que le droit qui régit la personne est immuable? Cependant Bourgoingne arrive à la conclusion contraire : celui qui change de domicile prend la condition du lieu où il se fixe (1). Rodenburg, célèbre jurisconsulte d'Utrecht (dit Merlin), professe la même opinion. « Supposons, dit-il, un mari qui, par les lois de son domicile, a sa femme sous son autorité; ce mari va demeurer dans un lieu où les femmes ne sont point sousla puissance de leur mari. Faudra-t-il dire que la femme qui y était soumise en deviendra exempte; ou, dans la supposition contraire, que celle qui en était exempte y sera soumise? Nous sommes entraînés pour l'affirmative par tout ce que dit Bourgoingne... Car l'état de la personne et sa condition étant régis par les lois du lieu qu'elle a choisi pour domicile, il est nécessaire que, le domicile changeant, la condition de la personne change (2) ».

Voet abonde dans ces idées; c'est le réaliste le plus conséquent. Il ne connaît que la loi territoriale; elle détermine tout, état, capacité, droit. Logiquement, il en faut conclure que celui qui change de domicile se soumet en tout à la nouvelle loi territoriale. Il était majeur d'après la loi de son ancien domicile, qui fixait la majorité à vingt et un ans; il s'établit dans un pays où la majorité

(1) Burgundus, *Ad consuetudines Flandriæ*, Tract. II, n[os] 5, 6 et 7.
(2) Rodenburg, *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, part. II, tit. 2, chap. 1[er] (traduction de Boullenois).

est fixée à vingt-cinq ans; il redeviendra mineur (1). Voet ne se demande pas si cela est en harmonie avec la raison, en harmonie avec le principe même du statut de majorité; le territoire l'emporte sur toutes les considérations. La conséquence à laquelle Voet aboutit était cependant telle, que le doute devait surgir dans un esprit moins prévenu pour la réalité. Si je suis majeur à vingt et un ans, d'après ma loi nationale, c'est que, à raison des circonstances physiques, intellectuelles, morales de ma patrie, j'ai acquis la plénitude de ma raison. Est-ce qu'en changeant de domicile, les circonstances de mon nouveau domicile vont me faire perdre la capacité naturelle que j'avais acquise? Si, au lieu de changer de domicile, je changeais seulement de résidence, je conserverais mon état et ma capacité; y a-t-il une raison pour que je les perde quand, au lieu de changer de résidence, je change de domicile? Quel est donc le motif de cette différence si considérable que les réalistes font entre la simple habitation et le domicile? Le domicile d'une personne est là où elle a son *principal établissement*; l'habitation est là où elle a aussi un établissement, mais moins considérable. Est-ce là une raison pour que je redevienne mineur dans un cas, et que je reste majeur dans l'autre? Je suis majeur, et je profite de ma capacité pour fonder un établissement dans une commune où j'ai des relations, où le mouvement des affaires me donne l'espoir de réussir; et l'on viendra me dire : « Vous n'y êtes pas; vous êtes, à la vérité, majeur et capable là où pour le moment vous êtes domicilié, mais vous serez mineur et incapable là où vous voulez vous établir. » Cela a-t-il un sens? Si, au lieu d'établir mon domicile dans un lieu, pour me livrer au travail, je fixe seulement ma résidence dans ce même lieu, je reste majeur, capable, et le travail étant peu de mon goût, je pourrai dissiper, en vertu de ma capacité, tout mon patrimoine ; nouveau non-sens. Enfin, voulant conserver ma majorité, je m'établis dans un lieu où, d'après la loi locale, je resterai majeur, et j'y exerce un art, une profession quelconque, mais sans

(1) Voet, *ad Pandectas*, IV, 4, 10; V, 1, 101.

y fixer mon principal établissement : je resterai majeur et capable !

270. Voilà les absurdités auxquelles conduit la loi du domicile. Elles devaient choquer les légistes qui tenaient compte de la personnalité humaine ; ils se demandaient si la personnalité change quand on change d'établissement ; et si la personnalité reste la même, n'en faut-il pas conclure que l'état légal et la capacité juridique doivent aussi rester les mêmes ? Froland commence par constater le caractère des lois personnelles : « L'habilité ou l'inhabilité que la loi du domicile imprime sur la personne la suivent dans tous les pays où elle juge à propos de se transférer ; vainement voudrait-elle, par des conventions, modifier son état et acquérir ainsi un statut qui pourrait lui être plus favorable, toute convention serait inopérante. » N'en faut-il pas conclure que le statut personnel est indépendant de la volonté ? Et si le statut ne dépend pas de la volonté de la personne, comment le changement de domicile, qui dépend de notre volonté, pourrait-il le changer ? Froland ne fait pas cette réflexion ; les statutaires admettaient tous le principe que le statut personnel est déterminé par le domicile ; il leur était difficile de ne pas admettre la conséquence qui en découle logiquement, à savoir que, le domicile changeant, le statut change. Froland cherche à y échapper par une distinction.

« Quand il s'agit, dit-il, de l'*état universel* de la personne, abstraction faite de toute *matière réelle*, en ce cas, le statut qui a commencé à fixer sa condition conserve sa force et son autorité, et la suit partout, en quelque endroit qu'elle aille. Celui, par exemple, qui, par la *loi de son origine* et de son *premier domicile*, est majeur à vingt ans, allant demeurer dans une province où la majorité ne s'acquiert qu'à vingt-cinq ans accomplis, est toujours réputé majeur, et, comme tel, il peut, nonobstant la loi de son nouvel établissement, vendre, aliéner, hypothéquer, contracter, comme il lui plaît, et *vice versa*. Il faut faire le même raisonnement au sujet de l'interdit, de l'émancipé, de celui qui a été légitimé, de celui contre lequel il a été prononcé une condamnation infamante ; les statuts, qui

d'abord ont fixé la condition de toutes ces personnes les accompagnent en tous lieux, et ne quittent pas l'empire qu'ils avaient acquis sur elles. » Je constate, avant d'aller plus loin, que le *domicile d'origine*, ou le *premier domicile*, qui détermine l'état de la personne, se confond régulièrement avec le *statut national*, lorsque le conflit s'élève entre les lois de divers Etats. Froland suppose que le conflit existe entre les statuts de deux provinces; c'était le cas ordinaire sous l'ancien régime, où le droit variait d'une province à l'autre.

Froland continue sa distinction : « Quand il s'agit de l'habilité ou de l'inhabilité d'une personne *à faire une certaine chose*, alors le statut qui avait réglé son pouvoir tombe entièrement à son égard, et cède tout son empire à celui dans le territoire duquel elle va demeurer. De là vient que la femme qui ne saurait faire aucun acte sans l'autorisation expresse de son époux, suivant la coutume du lieu où elle réside, se retirant avec lui dans un pays où la loi n'est pas si rigoureuse, devient plus libre qu'elle n'était auparavant, et *vice versa* (1) ».

Story, qui rapporte les opinions de tous les anciens auteurs sur la question que j'examine, dit que la distinction de Froland est si subtile qu'elle devient insaisissable; c'est dire qu'elle est peu pratique, puisque l'on ne saurait distinguer les lois qui restent immuables, parce qu'elles règlent l'*état général* d'une personne, et celles qui changent avec le domicile parce qu'elles établissent la *capacité* ou l'*incapacité de faire certaines choses* (2). La critique est juste; il faut encore aller plus loin; Froland établit une distinction sans la motiver; quel est le fondement de la distinction? qui l'autorise à la faire? Dire que les statuts personnels dépendent du domicile, c'est dire que toute personne est nécessairement régie par le statut du lieu où elle est domiciliée : de quel droit Froland décide-t-il que la personne est régie par une autre loi que celle de son domicile, et que cette loi est immuable? S'il en est

(1) Froland, *Mémoires concernant la qualité des statuts*, t. Ier, p. 171 et 172.
(2) Story, *Conflict of laws*, p. 59, § 55 de la 7e édition.

ainsi, il n'est plus vrai de dire que c'est le domicile qui détermine le statut; et cependant, dans l'ancien droit, il fallait nécessairement un principe pour vider le conflit des lois locales ou provinciales, et il n'y en avait pas d'autres, dans l'intérieur de chaque pays, que le domicile.

271. Déjà, dans l'ancien droit, Boullenois a critiqué la distinction de Froland; il convient qu'elle a quelque chose de vrai, c'est-à-dire qu'il y a des statuts qui restent immuables, malgré le changement de domicile, tandis qu'il y en a d'autres qui changent quand le domicile change; mais il nie que l'immutabilité ou la mutabilité dépendent du caractère qui est la base de la distinction que faisait Froland entre les statuts qui règlent l'état universel d'une personne, abstraction faite de toute réalité, et les statuts qui règlent l'habilité ou l'inhabilité spéciale, Boullenois dit, comme Story, qu'il est impossible de savoir ce que Froland entend par l'état général et universel d'une personne, et l'état particulier qui n'implique l'habilité ou l'inhabilité que pour certaines choses. Il prend l'exemple que donne Froland de l'état particulier, celui d'une femme qui a besoin de l'autorisation de son mari tant pour les actes entre-vifs que pour les actes testamentaires. Ne doit-on pas dire que cet état est un état universel? Cela est si vrai, que le code Napoléon met la femme sur la même ligne que le mineur et l'interdit, bien que la femme soit seulement incapable des actes entre-vifs. Donc, il en faudrait conclure que l'état de la femme est immuable, et qu'il ne change pas quand le mari change de domicile. D'un autre côté, peut-on dire, comme le fait Froland, que le statut de l'émancipation règle l'état universel du mineur émancipé? L'émancipation donne au mineur une capacité très limitée, celle de faire des actes d'administration, et de jouir de ses revenus; et son incapacité non plus n'est pas générale, elle ne concerne que certains actes, ceux de disposition. La conclusion est que la distinction de Froland est arbitraire.

Il est certain qu'elle n'a point de fondement rationnel. Boullenois en propose une autre. Il admet que la condi-

tion et l'état de la personne sont régis successivement par les lois des différents domiciles, et il était difficile de ne pas l'admettre, dans l'ancien ordre de choses où le domicile déterminait le statut. Mais il ajoute que la règle générale ne reçoit pas d'application aux cas où l'état et la condition d'une personne dépendent d'une cause fondée en droit public et admise par toutes les nations; cette cause est absolument étrangère au domicile; l'ancien domicile n'y influant point, le nouveau domicile n'y saurait influer, mais bien les raisons publiques, auxquelles toutes les nations déférent. Boullenois cite comme exemples la minorité, l'interdiction pour démence ou pour prodigalité, la légitimité, la noblesse, l'infamie. C'est pour ces états qu'il est vrai de dire que la condition de la personne étant une fois fixée, le changement de domicile ne la fait point cesser. Boullenois développe cette idée pour ce qui concerne la minorité; sur ce point, il était en désaccord avec Rodenburg qu'il commente. Le magistrat hollandais enseignait que l'état de mineur et de majeur changeait avec le domicile; c'était l'opinion commune. Boullenois la combat. En naissant, l'homme appartient à la loi du lieu de sa naissance, à raison de son impuissance entière et naturelle; il est sous sa protection, et la loi conserve sur lui un droit, jusqu'à ce qu'il soit en état de disposer de sa personne. On voit que Boullenois ne tient aucun compte des influences physiques, intellectuelles, morales qui déterminent la loi du domicile à fixer tel ou tel âge pour la majorité: il ne voit dans l'état de minorité que la faiblesse de l'enfant et la protection que la loi lui doit. Est-ce là la vraie raison des choses? Si la protection était le motif déterminant, pourquoi cette protection ne changerait-elle pas, d'après le domicile? Pourquoi la protection du domicile d'origine plutôt que celle du domicile actuel? Ne se peut-il pas que la dernière soit plus efficace? La protection n'est donc pas l'élément dominant en cette matière. Ce qui y domine, c'est plutôt l'influence que j'appelle nationale, et que Boullenois écarte en disant qu'elle est étrangère à la fixation de la majorité. Les faits contredisent cette théorie. J'en ai cité un exemple remarquable dans le cours de

ces Etudes : la majorité, fixée à un âge peu avancé, au sein d'une population guerrière, active et ne comptant que sur ses propres forces, tandis que la majorité était retardée au sein d'une population pacifique ou inactive, et où, par suite, le développement des facultés intellectuelles et morales était plus tardif (1). Voilà le vrai principe de l'immutabilité du statut personnel. L'intelligence, une fois développée et mûrie, ne se perd certes pas quand l'homme capable change de domicile.

Je reviens à la distinction de Boullenois. Il la complète en disant qu'il y a des états et des conditions plus subordonnés ; ce sont, à la vérité, des droits publics, mais pour une nation seulement, ou pour quelques provinces de cette nation. Tel est l'état de mari quant à la puissance maritale, l'état de père quant aux droits réels de la puissance paternelle. Boullenois prend comme exemple le statut qui met la femme sous la puissance de son mari. Dans certaines coutumes, il affecte la femme, tant pour les actes entre-vifs que pour les actes testamentaires ; dans d'autres, la femme n'est incapable que pour les actes entre-vifs. Dans certains endroits, le défaut d'autorisation du mari annule l'obligation de la femme ; dans d'autres, l'obligation n'est pas nulle, mais l'exécution en est seulement suspendue. Dans certains pays, la femme en puissance de mari n'a aucune administration de ses biens ; dans d'autres, cette puissance ne s'étend que sur certains biens que l'on appelle dotaux, et la femme a la libre administration de ses biens paraphernaux. Cette extrême variété de statuts concernant la puissance du mari et l'incapacité de la femme témoigne que le statut réel n'est pas de droit public général comme la minorité ; dès lors, le statut ne peut pas être immuable, il doit varier d'après le domicile. Ainsi, la femme qui, dans le lieu de son domicile, avait besoin de l'autorisation de son mari pour tester n'aura plus besoin de son autorisation si son mari va demeurer dans une coutume où l'autorisation ne sera pas nécessaire. Toutefois, Boullenois ne pose pas ce principe

(1) Voyez le t. Ier de ces Etudes, p. 351, n° 254.

en termes absolus ; il admet des restrictions, sur lesquelles je reviendrai (1).

La distinction de Boullenois n'est pas plus solide que celle de Froland. Qu'est-ce qui est de droit public général, et qu'est-ce qui est de droit public particulier? Boullenois ne nous donne pas de règle qui serve à appliquer la distinction. Et les exemples qu'il cite n'y aident guère. Ce n'est pas la variété des statuts qui nous apprendra qu'un statut est de droit public local, car la variété de coutumes existait dans toutes les matières, pour la minorité et les droits des mineurs aussi bien que pour la puissance maritale, et l'incapacité de la femme mariée ; c'est précisément cette contrariété de lois qui engendrait les conflits et qui donnait lieu à tant de difficultés, quand la personne affectée d'un état par la loi de son domicile changeait de domicile. S'il y avait, dans l'ancien droit, un état que l'on pût dire de droit public général, c'est bien l'état de la femme mariée : son incapacité était plus que de droit public, elle était réputée de droit divin, puisqu'elle était établie par la Genèse, c'est-à-dire par une loi révélée. Seulement, cette incapacité variait d'un Etat, d'une province, d'une ville à l'autre ; les modifications que recevait l'incapacité dépendant d'une coutume locale, n'en fallait-il pas conclure que le changement de domicile emportait un changement de statut? La distinction de Boullenois, pas plus que celle de Froland, ne décidait la difficulté.

272. Les anciens jurisconsultes étaient choqués de la mobilité extrême des statuts personnels, suite du changement de domicile. Ils cherchaient un moyen d'y échapper et ne le trouvaient point. De là les distinctions qu'ils imaginaient. Bouhier, président du parlement de Bourgogne, est un de nos meilleurs jurisconsultes ; c'est celui qui se rapproche le plus de nos idées modernes sur la personnalité des statuts. Il penche pour l'immutabilité des statuts personnels ; mais il n'osa pas l'admettre en termes absolus, puisque c'eût été ruiner un principe fondamental de

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes ou statuts*, t. II, p. 8-20.

... l'ancienne jurisprudence, celui qui fait dépendre du domicile le statut personnel. Bouhier s'en tient donc à la distinction de Froland : elle donnait à l'immutabilité du statut personnel tout ce qu'il y avait moyen de lui donner; l'état général restait toujours le même ; c'est bien là l'objet que l'on avait en vue en admettant des statuts personnels. Conçoit-on qu'une personne arrivée à l'âge de la majorité, et reconnue capable de gérer ses affaires, retombe en minorité en changeant de domicile et redevienne incapable? Les réalistes l'admettaient ; c'est dire que Bouhier, l'un des chefs de l'école contraire, ne pouvait l'admettre. La distinction de Froland donnait une satisfaction à sa doctrine, il l'approuve en la déclarant judicieuse. Bouhier dit que l'équité de cet avis est évidente; sous ce rapport, il faut le préférer à l'avis contraire de la mutabilité du statut personnel d'après le domicile de la personne. Il ajoute que l'on doit d'autant plus se rallier à l'opinion de Froland, qu'elle remet les choses sur le pied du droit commun ; il entend par là le droit romain, d'après lequel le domicile d'origine l'emportait quand il était en conflit avec le domicile actuel (1). Ce domicile d'origine se confondait avec la nationalité. La distinction de Froland aboutissait donc à dire que la loi nationale était immuable malgré le changement de domicile : cela est très vrai quand le conflit existe entre la loi nationale et celle du domicile, comme je le dirai plus loin ; mais ce n'est pas là l'hypothèse dans laquelle raisonnaient les anciens jurisconsultes; ils supposent tous que le conflit existe entre les coutumes locales de la France, et, dans cette supposition, il ne pouvait être question d'une loi nationale, puisque la nationalité de toutes les personnes engagées dans le débat était la même.

273. Si l'on demandait, après les détails dans lesquels je viens d'entrer, quelle est la tradition française, je serais très embarrassé de répondre. Dans les matières qui dépendent du droit international privé, il y a deux tradi-

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chapitre XXII, nos 4 et suiv. (Œuvres, t. II, p. 618).

tions : celles des deux écoles dont l'une se rattache à Dumoulin et aux glossateurs, et dont l'autre remonte au droit féodal et aux jurisconsultes qui sont restés imbus de l'esprit de la féodalité, d'Argentré et les légistes belges. On ne peut pas même dire que, dans la question du changement de domicile, l'immutabilité l'ait emporté comme règle, et que la mutabilité n'ait été admise qu'à titre d'exception. C'est la doctrine de Froland et de Bouhier; Boullenois renverse le principe et maintient la mutabilité comme règle, sauf à admettre l'immutabilité à titre d'exception. Ce qui augmente la confusion, c'est que dans certains cas les deux écoles se trouvaient d'accord; ainsi Bouhier cite d'Argentré en ce qui concerne l'immutabilité du statut de minorité, il cite encore Boullenois, cependant d'Argentré est en tout l'antipode de Bouhier, et Boullenois déclare qu'il ne partage pas l'avis de Bouhier sur la distinction proposée par Froland. L'anarchie paraît complète quand on consulte Pothier; c'est lui qui, pour les auteurs du code civil, résume la tradition; et voici ce qu'il dit : « Le changement de domicile délivre les personnes de l'empire des lois du lieu du domicile qu'elles quittent, et les assujettit à celles du nouveau domicile qu'elles acquièrent (1). » C'est le principe des réalistes : Pothier ne tient aucun compte des distinctions de Froland et de Boullenois. Mais il faut ajouter que l'autorité de Pothier en cette matière n'est pas très grande; il n'a pas écrit de traité sur les statuts, et il s'occupe à peine des questions difficiles que la personnalité et la réalité des statuts soulevaient.

La tradition aboutit donc à l'incertitude. Faut-il s'étonner si Merlin a varié et qu'il se soit prononcé d'abord pour l'immutabilité du statut personnel, et ensuite pour le changement, quand le domicile change? Il pose la question pour l'autorisation maritale. Boullenois s'était prononcé pour la mutabilité, tandis que Bouhier soutenait l'immutabilité du statut. Ecoutons Merlin : « Nous nous déterminons *absolument* pour la loi du domicile matrimo-

(1) Pothier, *Coutume d'Orléans*, ch. Ier, art. Ier, n° 13.

nial ; et nous le faisons d'autant plus volontiers que nous avons pour *garant* une de ces *autorités* que la *raison solide et profonde* dont elles émanent rendent toujours respectables. C'est le président Bouhier dont nous voulons parler. » Puis Merlin cite un passage de Bouhier où ce grand jurisconsulte relève ce qu'il y a d'absurde dans la mutabilité du domicile : « Une femme qui ne peut rien faire sans l'autorité de son mari deviendrait tout d'un coup, par un changement de domicile, libre de cette sujétion, et ensuite y retomberait si le mari retournait dans sa première demeure. L'état des femmes dépendrait du caprice des maris. Quoi ! une femme a contracté sur la foi d'une coutume qui lui permet la libre administration de ses paraphernaux, même de tester de ses biens sans l'autorisation de son mari, et cette femme serait privée d'un aussi précieux avantage par un changement de domicile qu'elle ne peut empêcher ! Ce serait heurter de front la règle qui ne permet pas qu'on nous enlève, sans notre fait, un droit qui nous appartient. On ne peut pas dire que la femme se soumette, même tacitement, aux lois du nouveau domicile ; elle ne fait qu'obéir. » Merlin combat ensuite Boullenois en s'étonnant que celui-ci se déclare contre un système aussi judicieux. L'article finit par cette note : « Voilà comment je raisonnais, il y a quarante ans, dans la seconde édition de ce Recueil. Mais de nouvelles réflexions m'ont fait changer d'avis. On les trouvera au mot : *Effet rétroactif* (1). » On reproche parfois aux hommes de loi de s'entêter dans leur opinion : c'est le faible de tous les savants. Merlin fait exception. On pourrait faire un Recueil de ses *rétractations ;* elles honorent la bonne foi du grand jurisconsulte. Nous allons l'entendre combattre une opinion qu'il croyait inébranlable et qui avait pour elle l'autorité de Bouhier.

Merlin commence par examiner quelles étaient, avant le code civil, les opinions sur la question de savoir si l'état de la femme, en ce qui concerne sa capacité ou son incapacité,

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Autorisation maritale*, sect. X, n° IV (t. II, p. 241 et 242 de l'édition de Bruxelles).

était sujet à varier lorsque, domiciliés pendant les premiers temps de leur mariage sous une loi qui la réglait d'une manière, les époux venaient ensuite à transférer leur domicile sous une autre loi qui la réglait d'une manière différente. Il cite Burgundus, Rodenburg, Voet, qui tous se prononçaient pour le statut du nouveau domicile; Boullenois lui-même admettait cette mutabilité. Mais, dit-il, le président Bouhier soutenait l'opinion contraire, et la cour de cassation a adopté son opinion en maintenant la validité du testament qu'une femme avait fait sans autorisation, d'après la loi de son premier domicile, alors que le statut de son dernier domicile exigeait l'autorisation du mari pour tester. C'était aussi à cette opinion, dit Merlin, que je m'étais rangé, il y a quarante ans. Il va nous dire le motif qui le fit changer d'opinion. Pourquoi la loi veut-elle que la femme soit autorisée par son mari pour faire des actes juridiques? Bouhier répond que c'est pour des causes toutes publiques, le respect pour les bonnes mœurs, l'honnêteté publique. Qu'importe dès lors, lorsque les époux transfèrent leur domicile dans un pays où l'autorisation maritale est nécessaire à la femme pour contracter et ester en jugement, que la loi de leur domicile matrimonial ait habilité la femme à agir sans cette autorisation? Toute personne qui s'établit à demeure dans un pays doit se conformer aux mesures que prescrit la loi locale dans l'intérêt de l'honnêteté publique et des bonnes mœurs. Vainement dirait-on que la femme s'étant mariée sous une loi différente, elle en avait suivi la foi, et que son mari s'est tacitement obligé à la laisser jouir, tant que durerait leur union, de la liberté que cette loi lui donne. On répondrait victorieusement que cette prétendue convention tacite ne pourrait avoir plus d'effet que n'en aurait, sous la loi qui régit leur domicile actuel, une convention expresse, et que, d'après cette loi, une convention pareille serait nulle comme blessant l'honnêteté publique (1).

On voit que Merlin ne décide pas en termes généraux

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. III, § II, art. V, n° 3 (t. X, p. 14 et suiv. de l'édition de Bruxelles).

la question de savoir si la personne, en changeant de domicile, change de statut personnel; il examine une difficulté spéciale, celle de l'autorisation dont la femme avait besoin d'après son statut matrimonial, et il la résout par des motifs spéciaux à la femme mariée. Ces motifs mêmes sont très contestables. Merlin se fonde sur les raisons qui ont fait établir l'autorisation maritale; or, en traitant de cette autorisation, lui-même avoue que l'on ne savait point quelle est la vraie raison pour laquelle la loi l'exige. Cela diminue singulièrement l'importance de l'opinion que Merlin professe sur le changement de domicile de la femme mariée. Peut-on admettre que dans un seul et même pays l'autorisation maritale fût exigée dans l'intérêt des bonnes mœurs et de l'honnêteté publique, d'après telle coutume, tandis qu'une autre coutume n'aurait tenu aucun compte de cette grave considération? En réalité, la nécessité de l'autorisation maritale est étrangère aux bonnes mœurs, elle a son premier fondement dans l'inégalité de la femme et dans la domination du mari.

274. En définitive, la tradition française aboutit à une incertitude déplorable. Merlin est le plus grand de nos jurisconsultes, il est l'homme de la tradition, et voilà que sur une question capitale il professe successivement des opinions contraires, appuyées l'une et l'autre sur les plus respectables autorités. Cela ne prouverait-il pas un vice de la doctrine? Avant de répondre, il nous faut entendre les jurisconsultes anglo-américains, allemands et italiens. Mes Etudes ont pour objet principal le droit français qui est aussi le droit belgique; mais elles embrassent nécessairement le droit étranger, puisque mon but est d'arriver à des principes sur lesquels on puisse fonder la communauté de droit qui est l'idéal de notre science.

Story est le meilleur représentant du droit anglo-américain; son traité sur le *Conflit des lois* est une enquête universelle, digne de la science qui a pour objet les rapports d'intérêt privé de tous les peuples. Dans la question qui nous occupe, le célèbre jurisconsulte commence par rapporter les opinions des auteurs européens qui ont écrit sur la matière. Il est réaliste et il ne cache point sa pré-

férence pour la doctrine du domicile, lequel changeant, le statut personnel doit aussi changer. Toutefois il expose avec le même soin l'opinion contraire de ceux qui s'attachent au domicile d'origine, lequel se confond régulièrement avec la nationalité. Le statut personnel n'est-il pas l'expression de la personnalité, laquelle s'identifie avec la nationalité de la personne? Story ne pose pas la question dans ces termes généraux. Il semble admettre, et cela est d'évidence, que les circonstances locales ou autres influent sur la fixation de la majorité. Et si l'homme est arrivé à l'âge où, de droit et de fait, il est capable, deviendra-t-il incapable en changeant de domicile? Je n'insiste pas ici sur les autres considérations que l'on invoque pour l'immutabilité du domicile puisque j'y dois revenir. Story ne les trouve pas décisives. Sa conclusion est désespérante, c'est qu'il n'y a point, en cette matière du moins, une règle universelle qui lie toutes les nations : chacun fait ce qui convient le mieux à ses institutions, à ses intérêts et à sa police (1). S'il en est ainsi, il faut renoncer à l'idéal de notre science, à cette communauté de droit que Savigny dit exister entre tous les hommes à quelque Etat qu'ils appartiennent. En effet, si chaque nation suit des principes qui lui sont particuliers, que deviendra le droit international privé? Il y en aura un pour chaque nation, c'est dire qu'il n'y en aura plus. Et il en est réellement ainsi dans l'état actuel des choses. Il existe une opposition radicale entre la doctrine des Anglo-Américains et celle du continent européen. Nous tous, Français, Belges, Allemands, Italiens, nous admettons un statut personnel, c'est-à-dire des lois qui suivent la personne partout où elle se trouve : il nous faut donc absolument une règle qui fasse connaître quelle est la loi par laquelle la personne est régie. Si les Anglo-Américains paraissent indifférents à la solution de la difficulté, ne serait-ce pas que, dans leur ordre d'idées, la personnalité n'a pas l'importance que nous lui reconnaissons? J'ai exposé ici même leur doctrine en la combattant. La personnalité, pour

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 70, § 69; p. 73, § 72, et p. 74 § 73.

eux, n'est pas un principe; ils subordonnent les droits de la personne à l'intérêt, à la police de chaque pays. Dès lors, il est assez inutile de s'enquérir du principe qui doit régir la loi personnelle. Story dit qu'il n'y en a point; et cela l'inquiète très peu. Notre tâche est bien plus rude; nous allons à la recherche des principes qui gouvernent les relations d'intérêt privé des personnes appartenant à des nations différentes; et nous demandons ces principes, non à l'intérêt, mais au droit. Puisque les Anglo-Américains n'ont pas de réponse à notre question, il faut nous adresser ailleurs.

275. Les Allemands ne sont pas utilitaires; ils ont le culte de la science, et ils ont foi dans les principes qu'elle établit. Mais la situation politique de l'Allemagne a exercé une fâcheuse influence sur les esprits. Il n'y avait pas de patrie commune, une nationalité intellectuelle et morale comme chez les Grecs, au milieu d'une division infinie de petites souverainetés qui n'avaient aucune raison d'être, sinon le misérable intérêt des princes. L'Allemagne a conquis son unité, il serait peut-être plus vrai de dire qu'elle lui a été imposée; voilà pourquoi elle est encore imparfaite. Jusqu'ici elle n'a pas un droit général, et par suite elle a conservé la loi du domicile pour déterminer le statut personnel. Savigny la maintient, et dans l'intérieur d'un Etat partagé en droits provinciaux et locaux, il n'y a pas d'autre principe. Par suite le droit de la personne varie avec son domicile; c'est toujours le domicile actuel qu'il faut considérer, ce n'est pas le domicile antérieur, quand même ce serait le domicile d'origine. Le principe de Savigny est celui de la tradition française; je viens de dire à quelles incertitudes il aboutit. Savigny n'entre pas dans les détails du principe. Il en dévie même dans l'application qu'il en fait au statut de la minorité (1) : j'y reviendrai. La doctrine qui fait varier le droit de la personne à chaque changement de domicile ne se concilie guère avec les aspirations de Savigny. C'est lui qui le

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 106 et suiv., § 365.

premier a assigné à notre science le but vers lequel elle doit tendre, la communauté de droit entre les nations. Que devient cette communauté quand la personne change de droit en changeant de demeure, de sorte que dans telle ville allemande, on change de droit en changeant de quartier? Est-ce là l'idée qui s'attache à la personnalité du droit? Notre personne varie-t-elle, suivant que nous demeurons dans telle rue ou dans telle autre? Et si notre personnalité reste la même, pourquoi le droit se modifierait-il?

Un jurisconsulte éminent que j'ai souvent cité, Wächter répond qu'il faut distinguer. Il admet que les droits qui dépendent du domicile varient avec le domicile; mais quand un droit est indépendant des circonstances locales, il n'y a plus de raison pour que le droit change avec l'habitation (1). La distinction paraît très logique, cependant dans l'application elle est à peu près inutile. Comment savoir si une loi dépend du domicile? N'en est-il pas ainsi de toutes les lois personnelles, si par domicile nous entendons le domicile d'origine, c'est-à-dire la nationalité? En théorie y a-t-il un droit qui soit indépendant des circonstances locales dans lesquelles le droit naît et se développe. Les Romains n'auraient pas compris la distinction du jurisconsulte allemand; leur droit civil avait ses racines dans la cité, donc dans la nationalité romaine; voilà pourquoi les jurisconsultes ne concevaient pas que le droit civil des Romains fût communicable aux autres peuples : il eût fallu commencer par transformer les étrangers en citoyens de Rome. Il en est ainsi, plus ou moins, de tout droit qui régit la personne; il lui est inhérent, il doit donc l'accompagner partout, quel que soit son domicile.

276. Les Anglo-Américains et les Allemands ne parlent pas du principe de nationalité, bien qu'il n'y ait point de nationalité plus caractérisée que celle des Anglo-Saxons, et la race germanique a aussi ses traits fortement

(1) Wächter, *Ueber die Collision der Privatrechts gesetze verschiedener Staten* (*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 380).

marqués. C'est que l'Angleterre est un empire ; l'Allemagne a aussi pris ce titre, et l'on dirait qu'il y a une fatalité attachée à ce nom : au lieu de fonder l'unité nationale, elle en entrave le développement, parce que les empires comprennent des éléments divers de race, de caractère, de mœurs, de sentiments, d'idées. Le premier peuple qui ait proclamé le principe de nationalité, c'est la nation italienne, une de langue, de génie, de tradition, au milieu d'une diversité qui paraissait inalliable avec l'idée d'unité. C'est que l'unité n'exclut point une certaine diversité. Je laisse de côté, pour le moment, le principe de nationalité pour y revenir. Si je mentionne l'Italie en traitant de la loi du domicile, c'est pour marquer l'influence que l'unité nationale exerce sur le droit international privé. Avant que l'Italie eût conquis son indépendance et sa liberté, il n'était pas question, dans les ouvrages de ses jurisconsultes, du principe de nationalité, en ce qui concerne l'immutabilité du statut personnel, ils ne parlaient, de même que les légistes allemands et comme les anciens jurisconsultes français, que du domicile. Rocco, magistrat napolitain, est un excellent esprit. Nous allons l'entendre; il admet le principe traditionnel du domicile comme déterminant le statut personnel; mais il en recherche le fondement et il y apporte des restrictions; sa doctrine, dans la matière du changement de domicile, peut s'appliquer au changement de nationalité. Lomonaco se l'est appropriée : c'est comme une transition de la théorie traditionnelle du domicile à la théorie moderne de nationalité.

277. Pourquoi, en changeant de domicile, la personne change-t-elle de statut personnel? Les anciens jurisconsultes se bornent à répondre que le statut étant attaché au domicile doit naturellement changer quand le domicile change. La réponse n'est pas satisfaisante. Il s'agit précisément de savoir pourquoi le domicile exerce une influence décisive sur le droit qui régit l'état et la capacité de la personne. Quand les personnes sont capables et qu'elles ont la libre disposition de leurs droits, le changement de domicile dépend uniquement de leur volonté;

de sorte que le changement de statut sera aussi un effet de leur volonté. Si, étant majeures d'après le statut de leur domicile d'origine, elles établissent leur domicile dans une coutume qui les replace en état de minorité, elles ne peuvent pas se plaindre de cette diminution de capacité : elles l'ont voulu ainsi, dit Voet; qu'elles s'en prennent à elles-mêmes, si de capables qu'elles étaient elles deviennent incapables : il ne tenait qu'à elles de conserver leur capacité en restant dans leur premier domicile (1). Rocco reproduit la doctrine du jurisconsulte hollandais (2). La réponse n'est pas digne de ces excellents légistes. Ne devaient-ils pas se demander d'abord si la volonté de l'homme peut changer l'état et la capacité ou l'incapacité qui en résulte? La négative est certaine. Le statut personnel s'impose aux personnes, ce ne sont pas elles qui en disposent. Tout le monde reconnaît que le statut personnel est d'ordre public; c'est à raison de la condition physique, intellectuelle et morale d'un pays que le législateur règle les lois qui régissent l'état des personnes, toutes raisons indépendantes de leur volonté. Ce que les particuliers n'ont pas fait, peuvent-ils le défaire? Le code Napoléon répond (art. 6) que les particuliers ne peuvent pas déroger par leurs conventions aux lois qui concernent l'ordre public : c'est dire que leur volonté est impuissante à les modifier. N'en faut-il pas conclure que le changement de domicile ne peut avoir pour effet de changer le statut? Ce serait permettre aux particuliers de modifier leur état et leur capacité par leur seule volonté, ce qui est contraire à l'essence même de l'état.

Quant à dire, comme le fait Voet, que les personnes qui, en changeant de domicile, diminuent leur état, n'ont pas le droit de s'en plaindre, puisque ce sont elles qui l'ont voulu, cela n'est pas sérieux. Le changement de domicile ne diminue pas nécessairement l'état des personnes, il peut aussi l'améliorer; celui qui, âgé de vingt-quatre ans est mineur et incapable, d'après la loi de son domicile

(1) Voet. *Commentar. ad Pandect., De minoribus XXV annis* (II, 4, 10).
(2) Rocco, *Dell' uso e autorità delle leggi del regno delle due Sicilie*, p. 468 et 409.

d'origine, deviendra majeur et capable si son père ou son tuteur transportent leur domicile sur le territoire d'une coutume qui fixe la majorité à vingt ans. Ici le résultat est encore plus étrange : c'est par la volonté d'un tiers que la capacité s'étend et que l'état change. Comment concilier un pareil changement avec la nature du statut personnel? Répondre que les personnes qui changent d'état en changeant de domicile n'ont qu'à rester chez elles, c'est ne rien dire. On change de domicile, parce qu'on a intérêt à s'établir ailleurs. Pourquoi entraver ce changement, et le rendre impossible en y attachant un changement d'état? Ce n'est pas pour changer d'état que l'on transporte son domicile dans une autre coutume. En tenant compte de la volonté, le statut devrait tantôt changer, tantôt rester immuable. C'est dire qu'il faut laisser de côté, en cette matière, la volonté humaine. La vraie raison pour laquelle le domicile emporte un changement de statut est une raison historique. Les jurisconsultes modernes semblent ne pas se douter que leur doctrine procède de la féodalité. C'est le territoire qui donnait la souveraineté, et la souveraineté territoriale est exclusive de toute loi étrangère; donc celui qui s'établissait dans un pays était nécessairement soumis aux lois de ce pays, sans distinguer si ces lois étaient personnelles ou réelles : il n'y avait point de lois personnelles dans cet ordre d'idées, la majorité elle-même dépend du territoire. Si les légistes anglo-américains et allemands se rendaient compte de l'origine féodale de la loi du domicile, ils y seraient peut-être moins attachés. Aujourd'hui, ce n'est plus le territoire qui domine la personne; celle-ci est libre, et elle peut s'établir où elle veut. La loi du territoire où elle fixe son domicile va-t-elle changer son état, de majeure la rendre mineure, et ainsi de suite? La loi territoriale l'emporte si la souveraineté est en cause, mais quand il s'agit de droits et d'intérêts privés, la souveraineté locale n'a ni droit ni intérêt à intervenir; elle respectera donc la liberté de la personne, en ce qui concerne les droits qui dépendent de la personnalité : c'est dire que le changement de domicile doit rester sans influence sur le statut de la personne.

278. La théorie que je combats soulève des difficultés plus sérieuses quand il s'agit des incapables. Les mineurs, les interdits, les femmes mariées ne changent pas de domicile par leur volonté, les incapables ont un domicile légal; quand le père, le tuteur ou le mari changent de domicile, le mineur, le pupille ou la femme mariée changent aussi de domicile, qu'ils le veuillent ou non, et par suite ils changeront de statut, également sans le vouloir. Je demande la raison de cette doctrine. Voet et Rocco surtout se préoccupent beaucoup de cette question. Le premier se borne à dire que le tuteur ne devrait pas avoir le droit de changer par sa seule volonté le domicile du mineur et par suite son état et sa capacité; Rocco développe cette idée, il veut que le tuteur demande le consentement du conseil de famille, et que le tribunal homologue la délibération. Supposons que cela soit, et nos lois ne l'exigent point, ces garanties expliqueraient-elles pourquoi le mineur change de statut sans sa volonté? Et où sont les garanties pour la femme? Elle est obligée de suivre le mari partout où il plaît à celui-ci de résider, elle doit obéir. Et tout en étant contrainte, elle changera de statut malgré elle. Rocco est à la recherche d'autres raisons plus plausibles : la nature, dit-il, soumet le mineur à l'autorité du père ou du tuteur; c'est encore la nature qui assujettit la femme à l'homme; il faut qu'ils acceptent les conséquences de leur dépendance. La raison est mauvaise. L'autorité du père, du tuteur ou du mari est un devoir de protection; le protecteur peut-il disposer de l'état de son protégé? Est-ce protéger le mineur que de le déclarer capable alors que son intelligence n'est pas assez développée pour qu'il puisse gouverner lui-même sa personne et ses biens? C'est cependant là ce que fait le père ou le tuteur en transportant son domicile dans une coutume où le mineur va devenir majeur en vertu de la loi, avant qu'il le soit par la nature. Et que dire de la femme dont le mari diminue la capacité en quittant le domicile où elle est reconnue capable d'administrer ses biens et de tester, pour s'établir sur le territoire d'une loi où elle sera frappée d'incapacité absolue? C'est la nature, répond Rocco, qui

le veut ainsi, en mettant les enfants sous la puissance du père, et les lois civiles règlent cette puissance comme elles l'entendent, selon les besoins et l'état social de chaque pays; l'incapable doit s'y soumettre. Quant à la femme, elle savait, en se mariant, qu'elle serait dans la dépendance de son mari; en ce sens sa soumission est volontaire, et elle en doit accepter les conséquences (1). Il y a un vice dans cette argumentation; elle implique que le statut change par la volonté de l'homme, soit expresse soit présumée. Cela n'est pas exact; si le statut personnel varie d'une coutume à l'autre, ce n'est pas parce que les hommes le veulent ainsi, c'est parce que les circonstances physiques, intellectuelles et morales diffèrent, et commandent une loi différente.

Rocco prévoit encore le cas où la translation du domicile serait frauduleuse; elle peut l'être au préjudice des tiers, quand le père ou le mari changent de domicile afin de changer l'ordre de succession à leur propre avantage; la fraude peut se commettre au préjudice des incapables, quand le tuteur, par exemple, change de domicile pour hâter la majorité du mineur, afin de se débarrasser de la tutelle. Le jurisconsulte napolitain est de l'avis de Voet que la fraude vicie et rend nul l'acte frauduleux. Mais l'application du principe souffre bien des difficultés. Rocco y cherche une solution par des distinctions très subtiles. S'agit-il d'un mineur, le conseil de famille peut prendre une nouvelle délibération, et révoquer l'autorisation qu'il avait donnée au tuteur de changer son domicile; sauf à respecter les actes faits valablement avec les tiers, qui ne pouvaient pas soupçonner la fraude et qui ne peuvent pas en être victimes. La solution est juridique, mais elle suppose que le conseil de famille a le droit d'intervenir, et notre code, pas plus que celui des Deux-Siciles, ne lui reconnaît ce droit; le mineur n'aurait qu'une action en dommages-intérêts fondée sur le dol du tuteur. Quant au domicile du père et du mari, Rocco ne voit au-

(1) Rocco, *Dell' uso e autorità delle leggi del regno delle due Sicilie*, p. 468 et suiv.

cun moyen de l'annuler, quand même il y aurait eu fraude, car le père et le mari ont un pouvoir illimité, dans l'exercice duquel les tribunaux n'ont pas le droit d'intervenir. Cela est trop absolu : ce n'est pas le droit du père ou du mari que l'on conteste, quelque préjudiciable qu'en soit l'exercice; on invoque la fraude, et la fraude fait exception à tout droit. Rocco estime que le domicile, quoique frauduleux, devrait être maintenu ; mais que la loi du pays où la fraude doit produire son effet ferait sagement de ne pas reconnaître cet effet, à raison de la fraude. Il dit très bien que la justice et la bonne foi doivent être observées par les nations dans leurs rapports réciproques, et que c'est un devoir pour tous les législateurs de veiller à ce que la fraude ne vienne pas détruire les droits des hommes. Sans doute, mais comment obtenir ce concours des nations pour sauvegarder le droit contre la fraude? Il n'y a d'autres moyens que les conventions. Ici Rocco entre dans la voie qui doit réaliser la communauté de droit entre les peuples (1).

279. Quels seront les effets du changement de domicile? Pour l'avenir, il est évident que le nouveau statut régira la personne, dans toutes les matières où l'on admet l'influence de la loi personnelle. Cette action peut être plus ou moins étendue. La doctrine traditionnelle bornait le statut personnel à l'état et à la capacité de la personne, et à la loi qui régit les meubles; encore y avait-il et il y a encore de grands dissentiments en ce qui concerne la portée de ce principe; j'ai exposé ailleurs ces controverses (2). En Allemagne et surtout en Italie, on est allé plus loin, en étendant aux droits de famille, et notamment au droit de succession, le principe de la personnalité. Dans mon opinion, il faut appliquer le statut personnel à tous les rapports d'intérêt privé, sauf à le subordonner aux lois qui règlent les droits de la société. J'ai développé longuement ma manière de voir dans le cours de ces Etudes. La solution de la question que je viens de poser

(1) Rocco, *Dell' uso e autorità delle leggi del regno delle due Sicilie*, p. 474 et suiv.
(2) Voyez le t. II de ces Etudes, p. 91, nos 53 58.

dépendra du système qui régit le pays où le domicile est transporté, puisque, dans la doctrine qui rattache le statut personnel au domicile, tout dépend du domicile actuel.

Autre est la question de savoir si le changement de domicile a effet sur le passé. Il est d'évidence qu'il ne rétroagit point; le domicile dépend du fait et de l'intention; le fait consiste dans un établissement que notre code qualifie de principal: cet élément du domicile change quand la personne transfère son principal établissement ailleurs. Or, le fait que l'on a eu son établissement dans un lieu ne peut être modifié quand on s'établit ailleurs; c'est un fait accompli, qui n'est plus dans le domaine de la volonté de l'homme. Si le nouveau domicile rétroagissait, la personne aurait eu à la fois deux principaux établissements et l'intention d'être domicilié dans un lieu où, pour le moment, elle n'a aucun établissement; enfin elle aurait aussi deux statuts différents et contraires, de sorte qu'au même moment elle serait tout ensemble majeure et mineure, capable et incapable, sous puissance et libre de toute sujétion. Ces conséquences sont si absurdes que l'on ne peut songer à faire rétroagir le nouveau domicile et le nouveau statut.

Est-ce à dire que l'ancien statut et tous les effets qu'il a produits cesseront du moment qu'il y a un domicile nouveau et un nouveau statut? Non certes : il y a deux lois qui se succèdent quant au lieu où elles règnent. Il faut donc appliquer au changement de lieu la règle qui régit le changement de temps. Merlin a déjà remarqué qu'il y a analogie entre ces deux faits : peu importe qu'il y ait une succession de lois, à raison des lieux où une personne se trouve successivement, ou qu'une loi ancienne soit remplacée par une loi nouvelle, toujours est-il qu'une loi fait place à une autre. La première a produit certains effets : ces effets subsistent-ils? Merlin répond que, dans l'un et l'autre cas, que les lois changent d'après le lieu ou d'après le temps, on doit appliquer le principe de la non-rétroactivité (1).

Tel est aussi l'avis de Rocco. Celui qui était majeur

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. III, § 2, art. V, n° III (t. X, p. 14, de l'édition de Bruxelles).

d'après son domicile d'origine retombe en minorité en vertu de la loi de son nouveau domicile : pourra-t-il demander la rescision des actes qu'il aura faits avant de changer de statut? Non, car les contrats qu'il a passés étaient valables, et ils ont donné un droit acquis aux parties contractantes; il ne dépend pas d'elles de modifier leurs conventions, elles sont irrévocables ; or, ce serait les altérer si l'on y appliquait la loi du nouveau domicile qui les rend rescindables. Cela est décisif. Rocco avoue que la non-rétroactivité quant au *temps* est fondée sur des raisons politiques qui ne s'appliquent pas au changement de *lieu*, mais qu'importe? Il y a des effets produits par une loi; s'il en est résulté un droit acquis, on doit le respecter. Rocco dit qu'il y a un motif de plus pour déclarer irrévocables les effets qu'a produits la loi du lieu où l'acte a été passé; c'est que le changement de loi par le changement de domicile dépend de la volonté de la personne, tandis que le changement de loi par le temps dépend de la volonté du législateur; or, si la loi nouvelle respecte les actes faits sous l'empire de la loi ancienne, à plus forte raison doit-on maintenir les actes faits sous la loi d'un premier domicile, alors que la partie contractante peut changer de domicile et, par conséquent, de loi, par sa seule volonté. Mais il faut pour cela que la loi du premier domicile ait produit un droit que l'on appelle acquis; s'il n'en était résulté aucun droit, il faut décider qu'à partir du changement de domicile, la nouvelle loi doit recevoir son application. Tel serait le statut qui permet à la femme de contracter sans autorisation maritale; si le mari transfère son domicile dans une coutume où la femme est incapable, pourra-t-elle s'obliger dans son nouveau domicile en soutenant qu'elle a ce droit en vertu du statut de son ancien domicile? Non, car l'état des personnes ne leur donne aucun droit acquis ; à moins que, profitant de sa capacité, la femme n'ait fait un acte juridique qu'elle était capable de faire; cet acte restera valable s'il en est résulté un droit acquis (1).

(1) Rocco, *Dell' uso e autorità delle leggi del regno delle due Sicilie*, p. 481-486.

Nous verrons plus loin d'autres applications du même principe.

N° 2. LE CHANGEMENT DE NATIONALITÉ EMPORTE-T-IL LE CHANGEMENT DE STATUT.

280. Le principe que le domicile détermine le statut, jadis universellement admis, tend à faire place au principe de nationalité. Dans le domaine de la science, cela est certain ; or, ce sont les idées qui gouvernent le monde. Le code italien a consacré le nouveau principe ; dans mon opinion, il en est de même du code français qui nous régit encore ; et je pense bien que le nouveau code des Belges le proclamera en termes formels. En théorie, le domicile n'a rien de commun avec le statut personnel, si l'on entend par là les lois qui régissent l'état et la capacité des personnes. Comment un fait accidentel, un fait qui dépend de notre intérêt et de notre volonté, pourrait-il déterminer ou modifier notre état et nous rendre capables ou incapables ? Mais il est très naturel que la loi de la nation à laquelle nous appartenons règle notre état et la capacité ou l'incapacité qui en résultent ; car les mêmes causes de toute espèce qui créent des nationalités différentes influent sur notre état et nous rendent capables ou incapables : j'en ai fait bien dès fois la remarque, en ce qui concerne la condition d'âge requise pour contracter, et notamment pour se marier. Dieu a donné un génie différent aux différentes nations, parce qu'elles ont une mission différente ; et il les a placées dans des conditions de climat, de territoire qui sont en harmonie avec leur destinée. Qui pourrait nier qu'il en est de même des individus ? Plus leur personnalité est prononcée, plus leur individualité est grande, et plus elles s'identifient avec la nation dont il sont les plus nobles représentants. L'action des causes physiques, que l'on a parfois exagérée, n'en est pas moins incontestable ; et les causes morales, politiques, sont tout aussi puissantes. C'est de l'ensemble de ces éléments que procèdent les nationalités ; et ces mêmes causes déterminent la capacité des individus.

Dans cet ordre d'idées, il est évident que le domicile ne saurait déterminer le statut, en ce sens que notre état varierait quand nous changeons de domicile. Ce qui caractérise le statut personnel, c'est qu'il est inhérent à la personne et qu'il se confond avec elle; voilà pourquoi il la suit partout où elle réside, donc il doit la suivre aussi dans son nouveau domicile. En effet, pourquoi le statut resterait-il immuable tant que nous ne faisons que changer de *résidence*, tandis qu'il changerait alors que nous acquérons un nouveau *domicile?* Y a-t-il dans le *domicile* un élément qui expliquerait cette différence considérable que l'on admet, dans la doctrine contraire, entre le domicile et la résidence? On le chercherait vainement. Le *domicile* est aussi une *résidence*; seulement, on y a son principal établissement; cette circonstance est-elle de nature à déterminer le statut de la personne? Oui, s'il s'agit de notre domicile d'origine, qui se trouve régulièrement au lieu auquel nous nous rattachons par notre nationalité. Et ce domicile reste presque toujours identique c'est-à-dire que les faits de domicile et de nationalité se confondent; de sorte que, pour l'immense majorité des hommes, être domicilié dans un pays, et être naturel de ce pays sont une seule et même idée, et un seul et même fait juridique. Mais les deux idées et les deux faits peuvent se séparer. Je suis né en France, et Français de naissance; mon domicile et ma nationalité se confondent. Si, pour cause de santé, je m'établis dans l'île de Jersey, perdrai-je mon statut français, pour acquérir le statut anglais? Si je n'y ai qu'une simple résidence, non. Et si j'y fixe mon principal établissement, toujours dans l'intérêt de ma santé, en résultera-t-il que je changerai de statut? Il en est ainsi dans la doctrine du domicile. Mais que l'on veuille bien me dire quel rapport il y a entre un domicile que j'ai pris pour cause de santé et mon état, ma capacité et mon incapacité? Ma personnalité change-t-elle parce que, au lieu d'avoir le siége de mes affaires à Paris, je me suis fixé dans une île anglaise? Et quelle est, dans l'espèce, la raison de la différence que l'on fait

entre ma résidence qui conserve mon statut et le domicile qui me le fait perdre ?

Dans la doctrine qui attache le statut à la nationalité, le statut personnel est permanent, immuable, aussi longtemps que la nationalité est la même. Vous pouvez résider à l'étranger, vous fixer dans tel pays que vous voudrez, votre statut national vous y suivra tant que vous conserverez votre nationalité. Rien de plus naturel et de plus logique. La nationalité et le statut personnel sont une question de race. Changez-vous de race en changeant de domicile? Il y a des Anglais qui restent établis à Bruxelles pendant toute leur vie, ils n'en sont pas moins Anglais; ils ne prennent pas la nationalité belge, quoique domiciliés en Belgique : pourquoi donc changeraient-ils de statut, et seraient-ils régis par nos lois, au lieu de rester soumis à la *common law ?* Il n'y a aucun rapport entre leur domicile et leur statut; donc, il n'y a pas une ombre de raison pour que leur statut change avec leur domicile. On pourrait croire que s'ils s'établissent en Belgique avec autorisation du roi, ils adoptent par cela même le statut belge. J'ai répondu d'avance à cette objection (n° 265) ; acquérir la jouissance des droits civils en Belgique, ce n'est pas changer de nationalité; donc, le statut reste le même : ce n'est pas même se soumettre à nos lois, l'étranger domicilié avec l'autorisation du roi n'est pas plus régi par nos lois que l'étranger non autorisé; il a entendu rester étranger, avec cette seule différence qu'il jouira des droits civils, en les exerçant d'après les lois de son pays.

281. Le statut personnel, immuable en principe, change avec la nationalité. Quelle en est la raison ? On pourrait dire que le statut personnel dépendant de la nationalité, et la nationalité étant de Dieu, il est impossible d'abdiquer le statut que l'on tient de sa race, de sa naissance, de son éducation. Il y a du vrai dans cette objection. La nationalité ne se change point au gré de la volonté de l'homme; l'Anglais a beau se faire naturaliser en France, il reste Anglais, de race, de caractère, de sentiments et d'idées. Si l'influence de race ne se détruit pas

par un changement de nationalité, pourquoi le statut ne reste-t-il pas immuable ? Il y a des raisons juridiques qui s'y opposent. L'étranger qui acquiert la qualité de Français est assimilé aux naturels français ; il est donc régi, en tout, par la loi française ; dès lors, il est nécessairement soumis au statut français pour son état et sa capacité : le statut personnel et la nationalité étant inséparables. La même raison s'oppose à ce que l'étranger naturalisé conserve le statut de la nationalité qu'il abdique, car en renonçant à sa nationalité, il renonce à son statut national. S'il le conservait, il aurait deux statuts personnels, contraires en bien des cas ; il pourrait se trouver tout à la fois majeur et mineur, capable et incapable, ce qui est une impossibilité juridique. Il y aurait encore une autre contradiction : c'est que l'Anglais naturalisé en France resterait à moitié Anglais, puisqu'il serait régi par la loi anglaise pour son statut personnel ; or, la personnalité est envahissante, elle ne limite pas son action à l'état et à la capacité, elle l'étend aux successions ; bientôt elle déterminera tous les droits privés ; de sorte que l'Anglais resterait Anglais pour l'exercice des droits privés, et il ne serait Français que pour l'exercice des droits politiques. Conçoit-on des demi-Français ? La nationalité se divise-t-elle ? Autant de questions, autant de non-sens juridiques.

Cependant, il faut l'avouer, il y a quelque chose de contre nature dans la mutabilité du statut personnel : c'est l'homme qui défait l'œuvre de Dieu. J'ai déjà dit que cela est impossible. Et, de fait, cela arrive si rarement, que c'est à peine si l'on peut tenir compte de l'objection. On a remarqué que les Français, les Belges ne s'expatrient guère ; il y a plus, les Italiens qui, en apparence, émigrent en s'établissant aux Etats-Unis conservent régulièrement l'esprit de retour. La race germanique seule est voyageuse ; elle a fondé les nations modernes par des migrations en masse ; aujourd'hui encore, elle aime à s'étendre sur le monde, et elle finira par le gagner à la civilisation européenne. Ce ne sont pas des individus qui s'expatrient, ce sont des familles, et, de même que les

colonies grecques, elles conservent leur génie national, qu'elles communiquent aux pays où elles sont naturalisées. L'objection à laquelle je réponds n'a de valeur que pour les naturalisations individuelles; il est très vrai que le naturalisé reste étranger, mais, à la seconde génération déjà, la transformation s'accomplit. En tout cas, on ne peut se prévaloir contre le changement de statut résultant du changement de nationalité, de ce qu'il y a d'incomplet et même de factice dans l'effet de la naturalisation. Si la nationalité est de Dieu, la liberté aussi est de Dieu; or, la liberté permet à l'homme de s'expatrier; il use rarement de ce droit, parce que mille liens l'attachent au sol qui l'a vu naître; mais quand il en use, la patrie adoptive prend la place de la patrie véritable: s'il y a toujours quelque chose de fictif dans cette adoption, insensiblement la fiction prend la place de la réalité, et l'étranger naturalisé devient un naturel. Ainsi s'explique et se justifie le changement de nationalité et de statut national, qui en est la conséquence nécessaire.

282. La question que je viens de décider présente plus de difficulté quand il s'agit d'incapables, notamment des mineurs et des femmes mariées. La décision est subordonnée au principe que l'on suit sur le changement de nationalité. J'ai dit, dans le cours de cette Etude (nos 165-166, qu'en droit français l'on considère la nationalité comme un droit inhérent à la personne, droit dont l'incapable ne peut être privé par le changement de nationalité de celui sous la puissance duquel il se trouve. La conséquence en est que le mineur conserve le statut personnel que lui donne sa nationalité quand le père s'expatrie : à plus forte raison en est-il ainsi du pupille quand le tuteur change de nationalité; dans l'opinion généralement suivie, que l'étranger ne peut être tuteur, on devrait même décider que le tuteur cesse d'être tuteur, du moment où il est naturalisé en pays étranger. Il en est de même de la femme mariée dont le mari se fait naturaliser pendant la durée du mariage.

Cette doctrine est généralement enseignée par les auteurs français; mais il importe de préciser les motifs qui

la justifient. On dit que la capacité que le statut assure à l'homme qui naît sous son empire constitue un droit acquis qui ne peut lui être enlevé sans sa participation (1). Est-il vrai que la majorité soit un droit acquis? Si une loi nouvelle prolongeait la minorité jusqu'à vingt-trois ans, comme le fait le code hollandais, les personnes qui auraient atteint l'âge de vingt et un ans sous l'empire de l'ancienne loi redeviendraient mineures. Telle est du moins, à mon avis, l'opinion la plus juridique (2). Mais, dans l'espèce, le changement d'état n'a pas lieu directement, il est une conséquence du changement de nationalité. Il faut donc voir si la nationalité est un de ces droits que l'on appelle acquis, parce qu'ils sont dans notre patrimoine, et que nous en pouvons disposer. Or, la nationalité n'est certes pas dans notre patrimoine. C'est, il est vrai, un droit que donne le sang, mais le législateur en peut disposer, comme il peut disposer de la capacité. Ce qui le prouve, c'est qu'il y a des lois qui étendent aux enfants mineurs et à la femme mariée l'effet de la naturalisation obtenue par le père. La question du changement de statut ne doit donc pas être décidée par le principe de non-rétroactivité, la décision est dans le domaine du législateur. Il y a d'autres considérations que celle du droit des incapables qui peuvent et qui, à mon avis, doivent déterminer le législateur, c'est l'unité de la famille, base de la société. Dans cette doctrine, l'enfant mineur et la femme mariée ne peuvent avoir d'autre nationalité et d'autre statut personnel que le père et le mari; donc, leur statut personnel change quand le père ou le mari changent de nationalité et de statut. Ce principe ne s'étend pas à la tutelle; l'enfant n'est pas dans la famille du tuteur, lequel peut n'être pas son parent, il reste dans la famille à laquelle la naissance l'attache; par conséquent, le statut du pupille resterait le même si le tuteur changeait de nationalité : l'unité de famille n'est pas en cause, dans ce cas.

283. Le changement de nationalité se fait quelquefois

(1) Massé, *Droit commercial*, t. I, p. 439, n° 542 et les auteurs qu'il cite.

(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 249, n°s 183 et 184.

en vertu de la loi ou d'un traité. Il est admis par toutes les législations que la femme suit la nationalité de son mari; et, par suite, elle change de statut en se mariant avec un étranger. Le statut personnel étant attaché à la nationalité, la conséquence est évidente : la femme française qui épouse un Belge perd le statut français et acquiert le statut belge. Cet effet ne dépend pas de sa volonté, elle ne pourrait pas se réserver son statut; l'unité de famille l'emporte ici sur sa volonté dans toutes les législations qui admettent le changement de nationalité comme conséquence du mariage. C'est le droit commun de l'Europe; l'Angleterre seule faisait exception : les lois portées en 1870 ont consacré le principe que la femme suit la nationalité du mari. Il a été jugé que la femme anglaise qui épouse un Français est régie par le code Napoléon en ce qui concerne la capacité de contracter; elle devient capable de disposer de ses biens avec l'autorisation de son mari, bien que par son contrat de mariage elle se fût interdit la faculté de disposer de sa dot sans le concours de fidéicommissaires (*trustees*) constitués, d'après les lois anglaises, détenteurs de ses biens dotaux (1).

Le changement de nationalité est encore forcé quand il est la suite d'une cession de territoire. Dès que la nationalité change, le statut change. Les traités et les lois accordent aux habitants qui changent de nationalité le droit de conserver leur ancienne patrie moyennant une déclaration de volonté accompagnée de l'émigration. Le statut suit toujours la nationalité; quand celle-ci est conservée, le statut l'est aussi.

284. C'est un principe généralement admis que le changement de nationalité n'a d'effet que pour l'avenir. Il en est de même du statut qui est une dépendance de la nationalité. De là suit que le changement de nationalité n'a pas d'effet quant au passé, en ce qui concerne le statut personnel. Ici la matière des statuts touche à celle de la non-rétroactivité. On doit, par conséquent, appliquer la règle que les droits acquis sous l'empire de l'ancien statut

(1) Paris, 4 août 1853 (Dalloz, 1855, 2, 315).

ne sont pas modifiés par le statut qui résulte de la nationalité nouvelle. Mais la règle n'est pas aussi absolue, en cas de changement de statut, qu'on pourrait le croire. Dans l'opinion commune, le statut personnel ne concerne que l'état et la capacité des personnes ; or, il est de principe, en matière de rétroactivité, que l'état des personnes est toujours dans le domaine du législateur; il peut toujours le modifier sans que les personnes dont l'état est altéré puissent se plaindre que l'on porte atteinte à un droit acquis. Et il n'y a pas lieu de distinguer si la nouvelle loi est favorable ou défavorable; le législateur règle l'état des personnes, non par faveur ou défaveur, mais par des considérations d'intérêt général; de sorte qu'il peut déclarer incapables des personnes qui étaient capables, comme il peut déclarer capables celles qui étaient incapables. C'est ce que le code Napoléon a fait pour les femmes mariées. Dans les pays de droit écrit, les femmes étaient affranchies de la puissance maritale, en ce sens qu'elles pouvaient aliéner leurs biens paraphernaux sans y être autorisées; le code civil assujettit à l'autorisation toutes les femmes mariées, alors même qu'elles seraient séparées de biens, donc aussi les femmes dotales (art. 215) : de capables qu'elles étaient, elles sont devenues incapables. Par contre, la femme, d'après plusieurs coutumes, ne pouvait pas tester sans autorisation; le code civil leur donne le droit de tester sans autorisation maritale (art. 226) : d'incapables elles sont devenues capables. Le même principe reçoit son application au changement de statut, par suite du changement de nationalité : on applique au *lieu* ce que la doctrine enseigne pour le *temps*.

Cela ne veut pas dire qu'il n'y ait jamais un droit acquis en matière de statut personnel. Si la capacité est remplacée par l'incapacité, tous les actes faits par une personne pendant qu'elle était capable sont maintenus, quoique, après le changement de statut, elle n'ait plus le droit de les faire, quand ces actes, comme je le suppose, ont créé des droits acquis. Il faut même poser la règle en termes plus généraux : il suffit qu'un acte ait été fait valablement, en vertu d'une loi ancienne, pour qu'il doive

être respecté sous l'empire de la loi nouvelle. Et ce qui est vrai du changement de loi par le *temps*, est vrai aussi du changement de loi par le *lieu*.

Je me borne à rappeler les principes qui régissent la non-rétroactivité; je ne puis pas ici entrer dans les détails de cette matière, la plus difficile du droit après celle des statuts; et ici les deux matières se touchent. Je renvoie aux développements que j'y ai donnés dans mes *Principes de droit civil* (1), et j'y reviendrai en examinant les difficultés auxquelles l'application donne lieu.

285. Un excellent jurisconsulte, le magistrat napolitain Rocco, établit encore un autre principe pour résoudre les difficultés qui naissent du changement de statut quand il y a changement de nationalité (2). Il suppose, il est vrai, que le statut change avec le domicile, tandis que je pars du principe, que le statut ne change que par un changement de nationalité. Mais la différence de principe n'a aucune influence sur la question de savoir quels sont les effets du changement de statut : peu importe qu'il change par le domicile ou par la nationalité; une fois qu'il est changé, il s'agit de déterminer les effets qui en résultent. Sur ce point, les deux doctrines contraires concordent. Aussi Lomonaco s'est-il borné à reproduire le système de Rocco, bien qu'il soit partisan du principe de nationalité (3). Je crois que le système est arbitraire et sans utilité dans la pratique.

Qu'est-ce que l'état d'une personne? Rocco répond que ce sont des qualités *naturelles* ou *civiles*, qui nous donnent les droits dont nous jouissons dans la société et qui nous imposent certaines obligations. Le changement de domicile ou de nationalité affecte-t-il toutes ces qualités? Il faut distinguer : les qualités *naturelles* sont *immuables*, les qualités *civiles* seules se modifient avec le statut. Reste à savoir quelles sont les qualités *naturelles* ou *civiles*, et pourquoi les unes sont immuables, tandis que les autres changent.

(1) Voyez le t. Ier de mes *Principes*, nos 141-249.
(2) Rocco, *Dell' uso e autorità delle leggi del regno delle due Sicilie*, p. 463, chap. 23.
(3) Lomonaco, *Diritto civile internazionale*, p. 103 et suiv.

Rocco range parmi les qualités *naturelles* le mariage, la filiation, l'adoption, la légitimation. Rien que cette énumération rend déjà la théorie suspecte. On y voit figurer parmi les *qualités* qualifiées de *naturelles*, l'adoption, qui est une pure création de la *loi civile*. En supposant même que l'adoption crée un lien de parenté, ce lien serait purement civil, pour mieux dire, fictif ; et dans la législation française, qui était aussi, sauf quelques modifications, celle du royaume des Deux-Siciles, il n'est pas même vrai de dire que l'adoption crée une parenté civile. C'est l'autorité du droit romain qui a égaré le jurisconsulté italien. On lit dans les Institutes de Justinien que l'adoption imite la *nature*, donc c'est une qualité *naturelle*. En droit français, il y a un autre motif, plus vrai, qui prouve que l'adoption est un état immuable, c'est qu'elle résulte d'un contrat; elle crée donc un droit acquis, et les droits acquis sont à l'abri de tout changement, soit de *temps*, soit de *lieu*.

Le mariage est une qualité naturelle en ce sens que la nature y porte les hommes; mais ce n'est pas la nature qui crée le contrat en vertu duquel l'homme et la femme deviennent époux. Ce contrat est essentiellement civil, et la législation de chaque pays en détermine les conditions et les solennités : ici le mariage doit être célébré par un prêtre, là le seul consentement suffit; ailleurs un pareil mariage serait considéré comme un concubinage, la loi exige l'intervention d'un officier public et de nombreuses conditions, soit pour l'existence, soit pour la validité du mariage. N'en faut-il pas conclure que la qualité d'époux est une qualité civile? Il serait plus vrai de dire que tous les droits privés sont des facultés naturelles dont Dieu nous doue en nous créant, et que les lois ne font que régler. Les droits sont donc tout ensemble naturels et civils; et ce qui est vrai des droits doit être vrai de l'état qui engendre les droits.

Rocco range parmi les qualités qu'il appelle civiles la majorité. Ne faut-il pas dire plutôt que c'est une qualité essentiellement naturelle, puisque la *nature* rend tout homme capable à un certain âge? Il est vrai que l'époque

de la majorité varie d'un pays à un autre; c'est l'élément civil de l'état de majeur. Mais n'en est-il pas de même du mariage? Comparez toutes les législations sur le mariage; vous trouverez dans toutes des conditions différentes. La distinction que le jurisconsulte napolitain établit entre les qualités naturelles et civiles n'a donc pas de raison d'être.

Pourquoi les premières sont-elles immuables? Sans doute parce que la nature est immuable. Est-ce à dire que toutes les règles qui concernent une qualité naturelle sont immuables? Non, dit Rocco, il n'y a que la qualité qui ne change point, mais les effets qui en dépendent changent avec le statut. Le mariage donne au mari la puissance maritale et au père la puissance paternelle; bien que les qualités de père et de mari soient naturelles, les effets qui y sont attachés ne sont pas immuables; la puissance maritale n'a pas la même étendue dans tous les pays, et la puissance paternelle diffère également du tout au tout d'après les diverses lois. Mais si les effets varient avec le statut, qu'importe que la qualité soit immuable? Les effets, c'est tout le droit. Il y a plus, il n'est pas même exact de dire que la qualité soit immuable. Un mariage polygamique est contracté à Constantinople; le mari, avec ses femmes, établit son domicile en Belgique, où il se fait naturaliser ainsi que ses femmes. Est-ce que la qualité d'épouse légitime appartiendra en Belgique aux femmes, en vertu de leur ancien statut, à titre de qualité naturelle? Non certes, car un Belge ne peut pas avoir à la fois deux femmes légitimes. Il intervient ici un autre principe, c'est que le statut personnel est dominé par le statut réel; on ne peut pas en Belgique invoquer un statut qui est en opposition avec notre droit public, ni, en général, avec les droits de la société, en tant que ces droits concernent son existence, sa conservation et son perfectionnement.

A quoi se réduit, en définitive, l'immutabilité du statut personnel quand il s'agit d'une qualité naturelle? C'est que le mariage, par exemple, valablement contracté sous l'empire d'un premier statut, reste valable si le statut change par suite d'un changement de nationalité. Cela est d'évidence, mais ce n'est pas la conséquence de l'im-

mutabilité du statut, c'est la conséquence du principe que je viens de rappeler, que les actes valablement faits, sous l'empire d'un statut, restent valables, bien que le statut vienne à changer. Ainsi la distinction entre les qualités naturelles et civiles, arbitraire en théorie, est inutile dans la pratique, tous les effets que l'on rattache à l'immutabilité de la qualité naturelle s'expliquant par d'autres principes.

§ II. *Des droits de famille.*

N° 1. LA MAJORITÉ.

286. Celui qui est majeur d'après son statut redevient-il mineur en changeant de statut? La question était controversée dans l'ancien droit. Les partisans de la mutabilité des statuts se décidaient toujours d'après le domicile actuel. Cela était logique, puisque le statut dépendait du domicile; on était donc majeur ou mineur d'après la loi du domicile, et le domicile changeant, l'état changeait aussi. Cette conséquence choquait les légistes qui donnaient moins d'autorité à la loi territoriale. Froland dit que rien n'est changé à l'état de la personne quand, majeur en vertu de son statut personnel, elle va demeurer dans une province où, d'après le statut local, elle serait mineure; et réciproquement le mineur ne devient pas majeure en changeant de domicile. « J'avouerai pourtant, ajoute-t-il, que j'ai vu d'habiles gens au palais soutenir que la majorité se devait régler par la loi du domicile, comme a dit Burgundus et Rodenburg après lui; mais cette opinion n'a jamais été de mon goût, et j'ai des arrêts qui ont jugé en conformité de mon avis (1). »

287. Savigny distingue. Il admet que le Prussien, mineur jusqu'à vingt-trois ans d'après son statut personnel, devient majeur en fixant son domicile dans les provinces rhénanes, où, conformément au code Napoléon, la

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 171 et suiv.

majorité s'acquiert à vingt et un ans. Mais si un Rhénan établit son domicile à Berlin après qu'il est devenu majeur d'après le code civil, il reste majeur. Savigny donne comme motif que la capacité acquise par le mineur qui a atteint l'âge de vingt et un ans est un droit acquis qu'il ne peut pas perdre par un changement de domicile qui est souvent dû à des causes accidentelles. La raison est mauvaise, à mon avis, car la majorité, de même que tous les droits qui dépendent de l'état, ne forment pas ce qu'on appelle, en matière de rétroactivité, un droit acquis. Ce qui paraît avoir déterminé le célèbre jurisconsulte, c'est que l'émancipation complète ou la *venia ætatis* accordée par le prince aurait effet dans tout le royaume; ne serait-il pas contradictoire que la majorité naturelle restât sans effet hors du territoire et eût moins de force qu'une majorité factice (1)? On voit que Savigny est tout entier dans l'ordre d'idées qui naît d'une diversité de droit existant entre les diverses parties d'un même Etat, comme en Prusse. Même dans ces circonstances, sa doctrine est peu logique. L'état doit être immuable ou changeant, il ne peut pas être tout ensemble immuable quand le nouveau statut paraît défavorable, et changeant quand ce statut paraît favorable. La distinction est donc peu juridique.

288. Dans la doctrine qui rattache le statut à la nationalité, la solution est facile. Un Belge, âgé de vingt et un ans obtient la naturalisation en Prusse. Il était majeur : conservera-t-il sa majorité comme un droit acquis? Non, puisque l'état ne forme pas un droit acquis. Du jour où il sera naturalisé Prussien, il cessera d'être majeur et il retombera en minorité jusqu'à ce qu'il ait vingt-quatre ans, âge fixé pour la majorité par le code de Prusse (2). Par contre, le Prussien âgé de vingt et un ans qui obtiendrait la naturalisation en Belgique y deviendrait majeur en vertu de son nouveau statut. Légalement cela est évident, mais il faut avouer que la légalité implique une fiction. Pourquoi le Belge est-il majeur à vingt

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 167 et 168.
(2) La majorité est fixée aujourd'hui, dans tout l'empire d'Allemagne, à vingt et un ans. Je me sers de l'ancienne législation, à titre d'exemple.

et un ans et capable de tous les actes de la vie civile (C. Nap., art. 488)? Parce que le législateur a décidé, d'après toutes les circonstances physiques, intellectuelles et morales, qu'à cet âge les Belges ont généralement la capacité requise pour gouverner leur personne et leurs biens. Est-ce que le Belge, capable par la nature, perd cette capacité en allant s'établir en Prusse? Non, tant qu'il ne s'y fait pas naturaliser, il reste capable. Pourquoi devient-il incapable au moment même de sa naturalisation? Sa nature change-t-elle? On ne peut pas même dire qu'en s'établissant en Prusse et en y résidant pendant un temps plus ou moins long, il a pris la nature des indigènes, leur caractère, leurs sentiments, leurs idées; car la législation prussienne n'exige aucune résidence, il suffit d'être de bonnes vie et mœurs. Comment donc d'un jour à l'autre le Belge, de capable qu'il était, deviendra-t-il incapable? La fiction légale explique seule ce changement. Je viens de dire (n° 281) comment on peut la justifier.

La capacité attachée à la nationalité peut-elle être considérée comme un droit acquis? C'est l'opinion de Savigny dans le système du domicile (n° 287). J'ai cru devoir la rejeter; et dans le système de nationalité on peut encore moins l'admettre. En effet, il en résulterait qu'il y aurait deux espèces de nationaux, les naturels du pays et les naturalisés, les premiers incapables et les derniers capables. Or, la nationalité ne se scinde pas, et on ne conçoit surtout pas que les adoptés aient un droit plus étendu que les naturels du pays. Il faut donc accepter la fiction avec ses conséquences.

289. Si la capacité n'est pas un droit acquis, il en peut cependant résulter des droits qui sont irrévocables. Le Belge naturalisé Prussien a fait des actes pendant qu'il était majeur d'après la loi belge; ces actes resteront valables parce qu'ils ont été faits conformément à la loi, bien entendu s'il en résulte un droit acquis dans le sens légal de ce mot. Tels sont les droits qui naissent des contrats. Il n'en est pas de même des actes à cause de mort. Les testaments ne donnent un droit au légataire qu'à la mort du testateur, et il faut que celui-ci ait à cette époque la

majorité juridique et par suite la capacité légale requise par son statut personnel. Si le Belge avait fait à vingt et un ans un testament et s'il mourait Prussien à vingt-deux ans, le testament serait caduc; valable au moment où l'acte a été passé, il ne peut plus valoir à la mort du testateur, puisque à ce moment le testateur n'a plus la capacité légale. Il en serait de même des dispositions testamentaires en ce qui concerne la réserve et le disponible. C'est encore une question de statut, et partant c'est le statut prussien qui recevra son application et non le statut belge, le testament n'ayant d'effet qu'à la mort du testateur (1).

Nº 2. LE MARIAGE.

290. Le changement de domicile a-t-il effet sur la validité du mariage? On répond d'ordinaire que le mariage, valable au lieu où il a été contracté, reste valable malgré le changement de domicile. Il en est ainsi de tous les contrats, dit Rocco : c'est le moment et le lieu où ils se sont formés qu'il faut considérer pour décider s'ils sont valables ou nuls; le changement de domicile ne peut pas invalider l'acte valable, ni valider l'acte nul. A plus forte raison le mariage doit-il être stable, puisque c'est le fondement de l'ordre social et de l'ordre moral (2). Cette doctrine n'est-elle pas trop absolue? Il est certain que la solennité de l'acte dépend du temps et du lieu où le mariage a été célébré. Valablement contracté devant le prêtre dans le domicile des parties et d'après la loi locale, le mariage restera valable si elles transportent leur domicile dans un lieu où le mariage doit être célébré par un officier civil. Sous ce rapport, il n'y a aucune différence entre le changement de domicile et le changement de nationalité. La règle que les formes de l'acte sont régies par les lois du lieu où il est passé est universellement

(1) Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 263, nº 117 et les auteurs qu'il cite.

(2) Rocco, *Dell' uso e autorità delle leggi del regno delle due Sicilie*, p. 463 et suiv.

reçue; il n'y a pas à distinguer en cette matière quel est le domicile des parties ou leur nationalité. Quant aux conditions intrinsèques requises pour la validité du mariage, on suit la loi du *domicile* des parties ou de la *nationalité*; suivant le système admis dans le pays où le débat s'élève. Il est généralement admis que, valable d'après la loi du domicile ou de la nationalité, le mariage reste valable quand les parties changent de domicile ou de nationalité et que le nouveau statut personnel prescrit des conditions différentes de celles de l'ancien statut. C'est ce principe que Rocco invoque. Il me semble qu'il y a ici une confusion d'idées. Il est vrai que le mariage est un contrat, de même que la vente, en ce sens qu'il se parfait par le concours de consentement. Mais de là il faut se garder de conclure que le mariage et les contrats d'intérêt pécuniaire sont régis par un seul et même principe. Dans les contrats ordinaires, la volonté des parties tient lien de loi; la validité des contrats ne dépend donc pas du statut, elle dépend de la volonté des parties intéressées. Il en est tout autrement du mariage : l'union des personnes est soumise à des règles sévères, précisément parce qu'elle intéresse les mœurs et qu'elle est le fondement de l'ordre social. Ici le statut domine. Reste à savoir si le statut du domicile ou de la nationalité est immuable, en ce sens que si les conditions requises par le statut personnel des parties ont été observées, le mariage reste valable, alors que les époux changent de statut en changeant de domicile ou de nationalité.

Cette question ne reçoit pas de solution absolue. Il faut distinguer. Si les conditions requises pour la validité du mariage tiennent à un droit essentiel de la société, c'est-à-dire si elles forment un statut réel dans le langage traditionnel, le mariage qui contreviendrait à ces lois n'aurait aucune valeur dans le nouveau domicile ou dans la nouvelle patrie des époux; tandis que la différence des autres conditions prescrites par les diverses lois n'aurait pas d'influence sur la validité du mariage en cas de changement de domicile ou de nationalité. Ici surgit une difficulté très grande : quelles sont les conditions qui intéres-

sent les droits de la société? On pourrait croire que le mariage intéressant les bonnes mœurs, les lois qui en règlent les conditions sont par cela même de droit social, et que, par conséquent, elles forment un statut réel. Il en résulterait que toutes les dispositions du code civil sur le mariage seraient réelles. Cela est inadmissible, car cela est contraire au texte même du code. L'article 3 porte que les lois qui concernent l'état et la capacité d'une personne la régissent même en pays étranger. Telles sont les lois relatives au mariage; le code Napoléon les déclare donc personnelles quoiqu'elles intéressent les bonnes mœurs. D'où il faut conclure que la validité du mariage dépend du statut personnel des époux lors de la célébration du mariage, que ce statut soit déterminé par le domicile ou par la nationalité, peu importe, dans l'espèce. Est-ce à dire que toutes les lois du mariage forment un statut personnel? Non, j'ai déjà cité un cas dans lequel le statut du mariage est incontestablement réel; l'étranger à qui sa loi nationale ou sa loi religieuse permet un mariage polygamique ne pourrait pas contracter en Belgique une pareille union, puisque la polygamie est un crime. Sur ce point il ne saurait y avoir un doute. Il en faut conclure que le mariage polygamique, valable d'après la loi nationale des époux, serait nul en Belgique si les époux acquéraient la nationalité belge; nos lois ne peuvent pas reconnaître la légalité d'un crime, peu importe qui est l'auteur du crime, étranger ou Belge. Vainement dirait-on que le mariage a été contracté en pays étranger; il n'en est pas moins vrai que l'état polygamique est un crime et qu'un fait criminel ne peut pas constituer un droit. Il en serait de même d'un mariage incestueux : l'inceste est un délit moral, et la loi belge ne peut reconnaître un effet juridique à un acte qui blesse la moralité publique (1). Je renvoie, pour la justification de ces principes, aux explications que j'ai données sur le statut réel dans la partie générale de ces Etudes.

(1) Wächter, *Die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten* (*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 385, note 309).

Il en serait autrement des conditions qui n'intéressent pas l'existence et la conservation de la société. Telle serait la condition d'âge ou de consentement des ascendants. Un mariage est contracté à l'âge de douze ou de quatorze ans d'après le statut national des époux lors du mariage. S'ils changent de domicile ou de nationalité, et que, d'après leur nouveau statut, le mariage ne soit permis qu'à l'âge de quinze ou de dix-huit ans, le mariage restera valable. On ne peut pas dire que l'âge auquel on peut se marier soit une de ces lois qui intéressent l'existence et la conservation de la société; elles changent d'après l'état social des divers pays et, dans un seul et même pays, d'après les changements qui se font dans les mœurs, les idées, les sentiments; dès lors il faut s'en tenir à la loi du temps et du lieu.

Il en est de même du consentement des ascendants. Le code Napoléon est très rigoureux, il prolonge la minorité et par suite l'incapacité des fils de famille jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans; tandis que dans les pays où l'on suit le droit canonique, le mariage est valable sans le consentement des parents. Notre législation a déjà varié sur ce point; elle peut encore varier; on doit donc dire du consentement des ascendants ce que je viens de dire de l'âge : question de temps et de lieu.

291. Le mariage a des effets importants : sont-ils immuables ou varient-ils avec le statut personnel, par suite du changement de domicile ou de nationalité? Toutes les lois donnent au mari une puissance plus ou moins étendue sur la femme. Cette puissance, une fois établie, subsiste-t-elle, telle qu'elle est établie par le statut personnel des époux lors du mariage? Les auteurs modernes gardent presque tous le silence sur cette question. Cela ne prouverait-il pas que la puissance maritale, bien que consacrée par les lois, n'existe plus dans la vie réelle? Il est certain que, dans nos mœurs, la loi d'obéissance et de subordination a fait place à celle de l'égalité et du concours de volontés. On en doit conclure que la puissance maritale est une de ces institutions qui dépendent du temps et du lieu. Le temps l'a transformée entièrement;

il y a un abîme entre le pouvoir du mari dans le vieux droit romain, qui soumettait la femme et les enfants au domaine du père de famille, et le code civil qui ne prononce même plus le nom de puissance et qui ne parle que du devoir de protection. Sans remonter aussi haut dans le cours des siècles, nos coutumes, qui n'ont été abrogées que lors de la publication du code civil, donnaient encore au mari le droit de battre sa femme. Si les époux mariés sous une loi pareille changeaient de statut en établissant leur domicile en Belgique ou en s'y faisant naturaliser, le mari pourrait-il encore invoquer sa puissance en vertu de son premier statut? La négative est évidente; car le fait qui constituait jadis un droit est devenu un délit, et le mari domicilié ou naturalisé en Belgique ne pourrait certes pas invoquer son ancien statut pour commettre un délit à titre de droit.

A l'appui de mon opinion, je citerai des témoignages qui paraîtront étranges au lecteur, mais plus ils sont étranges, plus ils prouvent que la puissance maritale s'en va avec toutes les vieilles dominations. Story pose comme principe que les effets du mariage dépendent de la loi du domicile matrimonial, avec cette réserve, qui est un principe général du droit anglo-américain, que nul pays n'est tenu d'admettre un statut qui serait en opposition avec sa *police* et ses *intérêts* : si par *police* et *intérêt* on entend les droits de la société, le principe ne sera contesté par personne. Le jurisconsulte américain cite les paroles d'un juge écossais, lord Robertson : « Un mari enferme sa femme dans une cage de fer, ou il la bat avec une verge qui a la grosseur du doigt du juge. Plainte de la femme. Le mari répond qu'il a usé de son droit, parce qu'il est marié sous le statut anglais, et que la loi anglaise lui donne le pouvoir de faire ce qu'on lui impute comme un délit. Est-ce qu'il se trouverait une cour en Ecosse qui admettrait une pareille justification? » Je réponds, avec le magistrat écossais, qu'il ne s'en trouverait dans aucun pays civilisé; mais j'ajoute que dans le bon vieux temps il en aurait été autrement. Lord Robertson parle sérieusement, et il motive sa décision sur une raison que je viens d'invoquer

(n° 290). « Le mariage, dit-il, n'est pas un contrat ordinaire, son importance est telle pour l'Etat qu'on ne permet pas aux parties intéressées de le régler à leur guise; la loi leur impose les conditions et les effets : tout est impératif en cette matière, et par conséquent la loi oblige tous ceux qui sont domiciliés dans le territoire (1). » Cela est vrai, mais trop absolu. Toutes les dispositions des lois sur le mariage ne sont pas réelles : il faut voir quelle est leur nature. Dans l'espèce, il ne pouvait y avoir de doute, puisque les prétendus pouvoirs invoqués par le mari constituaient des délits.

Wächter, l'excellent jurisconsulte que j'ai si souvent cité, se prévaut de ces lois étranges, disons mieux : barbares, pour combattre la doctrine du statut personnel qui, logiquement, aboutirait à la conséquence que le mari anglais pourrait battre sa femme et l'enfermer dans une cage de fer. Le jurisconsulte cite une autre singularité du droit ou des coutumes d'Angleterre : c'est que le mari aurait le droit de conduire sa femme, la corde au cou, au marché pour la vendre (2). Je lui laisse la responsabilité de cette allégation, et je ne l'accepte pas comme critique du statut personnel. En effet, il est de principe que le statut personnel est subordonné au statut réel, et s'il y a un statut réel, c'est-à-dire une loi concernant le droit de la société, c'est bien celui qui défend de porter atteinte à la liberté des personnes. Il est donc inutile de recourir à une exception, comme le fait Wächter, pour décider que le mari anglais domicilié ou naturalisé en France n'y pourrait vendre sa femme au marché; le droit public peut être invoqué par toute personne dont la liberté est violée. J'ai dit que, d'après les auteurs les plus récents, le mari anglais peut encore tenir sa femme en prison, il n'est plus question d'une cage de fer; mais cage ou non, la liberté de la femme mariée est sous la sauvegarde des lois pénales, et ces lois n'ont rien de commun avec la distinction des statuts.

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 221 et suiv., § 189, de la 7e édition.
(2) Wächter, dans l'*Archiv für civilistische Praxis*, t. XXV, p. 188, § 23.

292. Un des effets les plus considérables du mariage, c'est l'incapacité de la femme mariée. D'après le code Napoléon, la femme ne peut faire aucun acte juridique sans autorisation maritale. Ce statut est-il personnel, en ce sens qu'il est déterminé par le domicile ou par la nationalité des époux? Sur ce point, il y a déjà controverse. Dans mon opinion, l'affirmative n'est pas douteuse en droit français. Le texte du code est formel; les lois qui concernent l'*état* et la *capacité* des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger (art. 3); or, l'*état* de la femme change par son mariage, puisqu'elle tombe sous puissance maritale, et que de *capable* qu'elle était, elle devient *incapable*. Je reviendrai sur la controverse, en traitant du mariage.

La capacité de la femme étant déterminée par la loi du domicile ou de la nationalité des époux, lors du mariage, naît la question de savoir si l'état de la femme change par le changement de domicile ou de nationalité. C'est une question remplies de difficultés. Il faut d'abord faire une distinction, afin d'éviter une confusion d'idées qui obscurcit le débat. Autre chose est l'incapacité de la femme mariée, autre chose sont les conventions matrimoniales. Celles-ci se font avant le mariage, et elles n'ont, en général, pour objet que les biens des époux; la liberté des parties contractantes est absolue, leurs conventions tiennent lieu de loi; le statut y est donc étranger, puisque le législateur ne commande et ne défend rien aux époux. Toutefois, ils ne peuvent déroger aux lois qui sont d'ordre public; or, telle est précisément l'incapacité de la femme mariée. Les conventions matrimoniales ne pourraient donc pas déclarer la femme capable. Ceci est une question de statut; il importe donc de préciser la règle. Le code Napoléon y apporte une grave dérogation; il permet aux époux d'affranchir la femme de la puissance maritale et de la nécessité de l'autorisation, en stipulant par contrat de mariage que la femme aura la libre administration de ses biens; la femme a, dans ce cas, le droit de faire tous actes d'administration, de s'obliger, et même d'aliéner son mobilier, sans y être autorisée par son mari. C'est une

exception qu'il est difficile de justifier, une véritable anomalie, dans le système de la puissance maritale. Dans ce cas, la convention matrimoniale n'est pas une simple convention concernant ses biens, elle modifie l'état de la femme mariée en la rendant capable de faire la plupart des actes qu'elle est dans le cas de faire, elle ne reste incapable que pour les procès, les donations, et la disposition de ses immeubles; si la fortune de la femme est exclusivement mobilière, cette dernière incapacité disparaît, et les donations sont des actes très rares, ainsi que les procès.

Il y a encore un point à noter dans le débat auquel donnent lieu l'incapacité de la femme mariée et ses conventions matrimoniales, c'est que ces conventions sont irrévocables; les époux ne peuvent plus les modifier une fois qu'elles sont arrêtées et que le mariage est célébré. L'état de la femme ne dépend jamais de la volonté des époux, sauf la grave exception que je viens de mentionner, et qui forme le droit commun des pays de droit écrit, où le régime dotal est resté dans les mœurs; les biens de la femme qui ne sont pas dotaux (on les appelle paraphernaux) sont sous le régime de la séparation de biens, et sous ce régime, la femme a la libre administration de son patrimoine. Dans l'ancien droit, la liberté de la femme était encore plus grande, elle pouvait disposer de tous ses paraphernaux sans autorisation, de sorte que, de fait, la femme dotale n'était pas sous puissance de son mari, en vertu de son contrat de mariage.

293. J'aborde maintenant la question de l'état de la femme mariée, en commençant par le système traditionnel qui attache le statut personnel au domicile. Il régnait une grande variété d'opinions sur la question de savoir si l'état de la femme, tel qu'il était déterminé par le statut du domicile matrimonial lors du mariage, changeait quand les époux changeaient de domicile, et ce changement dépendait de la volonté du mari. La plupart des auteurs appliquaient la loi du domicile actuel, ceux-là mêmes qui, comme Froland, admettaient le principe de l'immutabilité de l'état. Ce principe, d'après Froland, ne recevait pas

d'application à l'habilité ou à l'inhabilité de la personne qui a changé de domicile, à faire une certaine chose; dans ce cas, ils enseignaient que le statut changeait avec le domicile. Froland dit qu'il en est ainsi de l'incapacité de la femme mariée : « La femme, dit-il, qui ne saurait faire aucun acte sans l'autorisation de son époux, suivant la coutume du lieu où elle réside, se retirant avec lui dans un pays où la loi n'est pas si rigoureuse, devient plus libre qu'elle n'était auparavant, et *vice versa.* » Il applique cette règle à la capacité de tester. D'après certaines coutumes, l'incapacité de la femme mariée s'étendait aux testaments; la femme mariée, sous une coutume pareille, devenait capable de tester, quand les époux transportaient leur domicile dans une coutume qui permettait à la femme de tester sans autorisation; au contraire, la femme capable de tester d'après le statut de son domicile devenait incapable en s'établissant dans le territoire d'une coutume qui la frappait d'incapacité absolue (1).

294. Boullenois rejette le principe qui sert de point de départ à Froland, et avec raison, mais sur la question de l'état de la femme mariée, il est d'accord avec lui. Il y a, dit-il, un principe avoué de tout le monde, qui est que notre état personnel dépend du domicile actuel; d'où la conséquence naturelle que si la personne change de domicile, et que la loi de ce nouveau domicile soit contraire à la loi de l'ancien, il faut que la personne change d'état et de condition. Boullenois fait l'application de ce principe à la femme mariée, mais avec des restrictions qui rendent sa doctrine très incertaine; c'est plutôt une décision d'espèces qu'une théorie, et il change de principe dans chaque espèce; je dirai plus loin comment il essaye de se justifier de cette inconséquence. Ainsi, il ne veut pas que le mineur, en changeant de domicile, devienne majeur, ni que le majeur retombe en minorité. Voilà déjà une grave dérogation au principe traditionnel qu'il accepte. Quant à la femme mariée, il admet qu'en changeant de domicile, elle change d'état et de condition, et qu'elle devient dépendante, d'in-

(1) Froland, *Mémoires sur les statuts*, t. I, p. 172.

dépendante qu'elle était, et *vice versa ;* mais il ajoute immédiatement qu'il parle dans la thèse générale, et en n'envisageant la question què par les grands principes; si d'autres considérations s'y trouvent mêlées, la décision peut être différente, selon que les considérations sont plus ou moins supérieures. Voilà la porte ouverte aux exceptions, et l'ouverture est si large, que la règle disparaît. Les époux sont domiciliés dans une province de droit écrit; la femme a des paraphernaux qu'elle administre et dont elle dispose librement, sans autorisation maritale. Puis, les époux établissent leur domicile à Paris : la femme tombera-t-elle sous puissance et perdra-t-elle la libre disposition de ses biens ? Boullenois distingue : la femme tombera sous puissance, c'est l'effet du nouveau statut dont elle est affectée par la coutume de son nouveau domicile; mais elle conservera l'administration de ses paraphernaux, parce que cette administration lui est donnée par son contrat de mariage, appuyé de la loi du domicile matrimonial; seulement pour administrer, la femme aura besoin de l'autorisation de son mari, qui ne pourra lui refuser une autorisation générale. Boullenois croit que cette distinction concilie l'immutabilité des conventions matrimoniales et la mutabilité de l'état. En réalité, il modifie les conventions matrimoniales. En effet, c'est en vertu de son contrat de mariage que la femme avait acquis une entière indépendance de l'autorité maritale, dans l'administration de ses paraphernaux; or, les conventions sont irrévocables de leur nature, et le contrat de mariage est plus irrévocable encore que les autres contrats. Si donc le statut personnel de la femme lui permet de se créer un état d'indépendance, en s'affranchissant de la puissance maritale, cet état, dépendant du contrat de mariage, doit être irrévocable comme toutes les autres conventions matrimoniales. Vainement Boullenois dit-il qu'il ne change rien aux droits que la femme a acquis par la loi matrimoniale, puisqu'elle conserve l'administration de ses biens; il change les droits de la femme, puisque, en vertu de son contrat de mariage, elle avait l'administration *libre*, tandis que, en vertu du nouveau statut

qu'on lui applique, elle sera *dépendante* de son mari, et qu'elle ne pourra rien faire sans son autorisation; Boullenois croit se tirer d'embarras en disant que la perte que la femme fait de son indépendance ne profite en rien au mari, qui n'en devient pas plus riche, puisque la femme continue à jouir de ses paraphernaux. Eh ! qu'importe ? Il ne s'agit pas d'un profit du mari, il s'agit d'un droit de la femme; ce droit, elle le tient de son contrat, c'est donc un droit conventionnel, et ce droit ne peut lui être enlevé (1).

295. Le président Bouhier est plus logique : « La loi du domicile matrimonial, dit-il, détermine l'état de la femme et, par conséquent, l'étendue du pouvoir qu'a le mari sur elle; on ne voit pas comment cet état, une fois déterminé, pourrait changer par une simple translation de domicile faite par le mari. Qu'y aurait-il, en effet, de plus ridicule que de voir une femme qui, dans son pays, ne pourrait rien faire sans autorité de son mari, devenir tout d'un coup, par un simple changement de domicile, libre de cette sujétion et ensuite y retomber, en cas qu'il plût à son mari de retourner dans sa première demeure ? Il y aurait de plus une injustice manifeste, si le mariage avait été passé sous une coutume où la femme pût contracter sans avoir besoin d'être autorisée par son mari, et surtout dans des pays où elle a la libre disposition de ses biens paraphernaux. En effet, serait-il raisonnable qu'après avoir acquis, ou, pour mieux dire, conservé un si précieux avantage, sur la foi d'une coutume dont les dispositions font partie des conventions tacites de son contrat de mariage, elle en fût privée par une translation de domicile qu'il ne lui serait pas possible d'empêcher ? Ne serait-ce pas heurter de front la règle qui ne permet pas qu'on nous enlève, sans notre fait, un droit qui nous est si légitimement acquis ?

Bouhier ne touche pas à la vraie difficulté : l'*état* n'est pas un *droit acquis*, il varie d'après le *temps*, il peut aussi

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, t. II, p. 10-25.

varier d'après le *lieu*. Il n'y a d'immuables que les conventions; il fallait donc démontrer que, dans l'espèce, l'*état* dépendait des conventions matrimoniales, au moins pour ce qui concerne la libre disposition des paraphernaux. Hors de là, le principe général du domicile ne devait-il pas reprendre son empire? Bouhier essaye de répondre à l'objection : « L'état, dit-on, et la condition des personnes, ainsi que leurs droits, se règlent par la loi de leur domicile actuel, *à laquelle les époux sont présumés s'être soumis, quand ils ont été s'y établir*. Cette nouvelle loi prend, en ce cas, sur eux le même empire qu'avait celle de leur premier domicile; c'est un principe avoué de tout le monde. Donc, la femme qui a suivi son mari dans son nouveau domicile s'y est assujettie à la loi qui y domine, quelque changement que cela puisse apporter à sa condition. » Bouhier répond : « La maxime qui assujettit les hommes à la loi du nouveau domicile suppose qu'ils s'y soient tacitement soumis; mais cette soumission est une espèce de contrat, qui exige un consentement libre. Or, on ne saurait dire qu'une femme soit maîtresse de suivre ou de ne pas suivre son mari dans sa nouvelle demeure; il n'y a donc pas de soumission tacite de sa part à la nouvelle loi; car ce n'est pas consentir que d'obéir, quand on ne saurait se dispenser de le faire. »

L'objection et la réponse que Bouhier y fait impliquent que le statut d'une personne qui change de domicile dépend de sa soumission volontaire au nouveau statut. J'ai déjà combattu ce prétendu principe, qui, à mon avis, est une erreur : le statut est une règle que la loi impose à la personne et que celle-ci n'est pas libre d'accepter ou de répudier; est-ce que c'est par notre volonté que nous devenons majeurs et capables, ou que nous restons mineurs et incapables? Est-ce par sa volonté que la femme mariée est frappée d'incapacité juridique? Ces questions sont des hérésies. Les anciens jurisconsultes ont été entraînés dans cette erreur, par le principe qui attache l'état au domicile; comme le domicile dépend de notre volonté, ils devaient en induire que l'état aussi dépend de la volonté de l'homme. Voilà une erreur qui disparaît

dans la doctrine de la nationalité; on ne dira pas que la qualité de naturel d'un pays dépend de sa volonté, pas même l'état de naturalisé, puisque la naturalisation ne s'obtient qu'en vertu de la loi, et en remplissant les conditions qu'elle détermine.

Bouhier combat ensuite les distinctions proposées par Boullenois; et celui-ci, de son côté, combattit la doctrine de Bouhier. Froland, quoique le président partageât son avis, n'échappe pas à sa critique; ses hésitations et ses perplexités y prêtaient : c'était chose étrange que d'entendre, dans la bouche d'un légiste, une invocation aux muses pour l'éclairer dans la recherche de la vérité, quand il s'agissait d'une question de droit. Je ne puis suivre ces savants légistes dans leurs discussions; il faudrait une dissertation spéciale, rien que pour exposer les incertitudes et les contradictions qu'ils se reprochent mutuellement. On peut dire qu'ils avaient tous raison, tant qu'ils critiquaient l'opinion de leurs adversaires; de sorte, qu'à la fin du débat, il ne restait rien debout.

296. Bouhier arrive à cette conclusion : « Quand la capacité ou l'incapacité générale de la femme, pour disposer de ses biens sans l'autorité de son mari, ont été une fois fixées par la loi du domicile matrimonial, elles doivent subsister irrévocablement pendant la durée de son mariage, en quelque lieu que le mari transporte son domicile (1). »

La conclusion de Boullenois est un aveu d'impuissance. Rien, dit-il, n'est plus ingénieux ni plus sensé que ce que propose le président Bouhier. Mais n'est-il pas de principe que la loi du domicile actuel doit régler l'état et la condition des personnes ? Pourquoi en excepterions-nous la femme? Où est la loi qui l'excepte ? Et de quel droit un jurisconsulte mettra-t-il des exceptions quand la loi n'y en met pas ? » On pouvait adresser les mêmes questions à Boullenois, au sujet de la majorité, et conclure, comme il le fait, qu'il n'y a d'autre solution que l'intervention du

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch. 22, n°s 22-45 (Œuvres, t. II, p. 621 et suiv.).

législateur. « Si, dit-il, on travaillait jamais à la réformation des lois, on pourrait embrasser la décision de M. le président Bouhier, en fixant irrévocablement l'état de la femme par la loi de son domicile matrimonial... Il faudrait pour cela une vraie réforme; il faudrait qu'une loi nouvelle dérogeât à l'ancienne (1). »

Chose singulière! Merlin aboutit à la même conclusion. J'ai exposé ses variations sur la question de l'immutabilité du statut, en ce qui concerne l'état de la femme mariée. Il procède de la tradition, et malgré le code Napoléon, il resta attaché au principe traditionnel, qui fait dépendre le statut du domicile de la personne. Ce principe soulevait des objections irréfutables, et il n'y en avait point d'autre; on ne pouvait songer au principe de nationalité, alors que le débat sur le conflit s'élevait régulièrement entre les naturels du pays, par suite de la diversité des coutumes. Dans cet état de choses, il n'y avait pas de solution rationnelle. De là les incertitudes et les contradictions des anciens légistes, et de là aussi les variations de Merlin; il finit par dire : « Pour faire cesser toutes ces difficultés, il faudrait une loi uniforme non seulement dans toute la France, mais dans l'univers entier; car l'établissement d'un étranger en France ou d'un Français hors du territoire les ferait toujours renaître (2). » La loi pour la France a été faite, et Merlin n'a pas voulu y voir l'innovation consacrée par le texte de l'article 3 du code civil, et par l'esprit de la loi nouvelle. Il a par là contribué à maintenir l'incertitude qui règne encore dans la science, sur le point de savoir si c'est le domicile ou la nationalité qui détermine le statut personnel. Le principe de nationalité est celui que je défends dans ces Etudes; il reste à voir si, dans la question que j'examine, il offre une solution qui soit à l'abri des difficultés que je viens de signaler.

297. Si l'on admet que le statut personnel dépend de

(1) Boullenois. *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, t. II, p. 26-28.

(2) Merlin. *Répertoire*, au mot *Puissance paternelle*, section VII, n° III (t. XXVI, p. 149 de l'édition de Bruxelles).

la nationalité, il faut accepter la conséquence qui découle du principe : la nationalité changeant, le statut doit changer. Nul doute quand les deux époux abdiquent leur ancienne nationalité pour en acquérir une nouvelle. Mais que faut-il décider si le mari seul change de nationalité? En droit français, on suit comme principe que la nationalité est un droit individuel dont la femme ne peut être dépouillée par le fait de son mari. Si les deux époux sont Français en se mariant, la femme restera Française quand même le mari se ferait naturaliser en pays étranger. La femme conservera, dans ce cas, le statut français, tandis que le mari sera régi par le statut étranger. Lequel de ces deux statuts déterminera l'état de la femme et sa capacité ou son incapacité? La question ne reçoit pas de solution absolue; tout dépend du fondement de l'incapacité qui frappe la femme mariée. Est-ce à raison de la puissance maritale que la femme est incapable, il faut dire que c'est le statut du mari qui régira l'incapacité de la femme, car il s'agit d'un pouvoir, donc d'un droit du mari; c'est à peine si, dans cette doctrine, on peut dire que la femme a une personnalité juridique, elle est une dépendance du mari, un os surnuméraire, comme disait Bossuet, non sans dédain pour la femme, mais bien dans l'esprit de la tradition catholique. La soumission de la femme à l'homme est éternelle, donc c'est l'homme qui lui impose sa loi. Cette doctrine est-elle celle du code Napoléon? J'ai dit que l'incertitude règne sur la question de savoir quel est le fondement juridique de l'incapacité de la femme mariée. Il me semble que c'est une raison décisive pour s'en tenir strictement au texte de la loi. Or, le code ne prononce pas le mot de puissance maritale; il dit bien que la femme doit obéissance au mari, mais il ajoute que le mari doit *protection* à la femme. Ce qui était jadis une autorité et partant un droit est donc devenu un devoir, car protéger n'est pas un droit, c'est une obligation; c'est la femme qui est protégée, c'est donc elle qui a un droit; le statut de l'incapacité est par conséquent le statut de la femme et non celui du mari. La conséquence est que le statut de la femme ne change pas quand le mari change

de nationalité, il ne change que lorsque la femme change de patrie. On peut invoquer en faveur de cette opinion les arguments que le président Bouhier faisait valoir pour y appuyer l'immutabilité du statut de la femme mariée. Dans la théorie du domicile, Bouhier était inconséquent; mais il a deviné le nouveau principe, celui de la nationalité. Le statut de la femme ne change plus par la translation du domicile marital, il ne change plus quand le mari change de nationalité; il ne change que si la femme change de patrie avec le mari, ce qui n'arrive guère que lorsque toute la famille émigre ou lorsqu'il y a annexion de territoire, suite d'une guerre ou d'une révolution.

298. Le changement de statut, quand il a lieu, entraînera-t-il aussi le changement des conventions matrimoniales? Dans l'ancien droit, l'on admettait généralement que les conventions matrimoniales étaient immuables en ce sens qu'elles subsistaient malgré le changement de domicile des époux. Sur le principe toutes les écoles étaient d'accord. Charles Dumoulin demande quelle coutume il faut suivre quand il s'agit de fixer les droits du mari sur les biens dotaux de sa femme : si c'est la coutume du lieu où il était domicilié dans le temps de son mariage ou celle du lieu qu'il habitait dans le temps du décès de sa femme. Il se détermine pour la loi du premier domicile, contre l'avis des glossateurs Salicet et Alexandre. Ce qui rendait la question douteuse, c'est que l'on supposait qu'il n'y avait pas de convention expresse; mais, dit Dumoulin, il est à présumer que les futurs époux sont tacitement convenus de se conformer à la loi du domicile matrimonial pour la fixation de leurs droits, et que le mari aurait, le cas échéant, à son profit, la portion de la dot, telle qu'elle était déférée par la coutume de ce premier domicile. Dans l'opinion du célèbre jurisconsulte, les conventions tacites produisaient les mêmes effets que les conventions expresses, ce qui, en principe, est évident; s'il y avait doute en matière de conventions matrimoniales, c'est que, dans le silence des parties, on considérait les coutumes comme des lois, et c'est le domicile actuel qui déterminait le statut dans l'opinion commune des juris-

consultes. C'était mal raisonner. En fait de conventions, les lois n'imposent aucune règle aux parties contractantes, elles leur laissent, au contraire, pleine et entière liberté. Cela est surtout vrai du contrat de mariage, le plus favorable et le plus favorisé des contrats; si la coutume règle les droits des époux, c'est en présumant leur volonté, donc la coutume était le contrat tacitement convenu des parties. Ainsi le statut n'était pas légal, il était conventionnel ; or, les conventions forment la loi des parties contractantes, et cette loi est immuable. Il faut donc dire que, dans l'espèce, il ne s'agit pas d'une question de statut, car le statut est une loi, tandis que dans les conventions matrimoniales les époux eux-mêmes font la loi qui doit les régir; et cette loi ne peut pas être modifiée par le changement de domicile, la volonté des parties ayant effet sans distinction de temps ni de lieu : voilà pourquoi, dans l'opinion de Dumoulin, les conventions matrimoniales, expresses ou tacites, avaient effet non seulement pour les biens situés dans le lieu, mais encore pour tous ceux qui étaient situés ailleurs, sans distinguer si les biens dotaux consistaient en immeubles, en effets mobiliers ou en actions (1).

Tel était aussi l'avis de Boullenois; je viens de dire (n° 294) que, dans son opinion, l'immutabilité des conventions matrimoniales ne s'appliquait pas à l'état des époux, l'état variant d'après le domicile. En théorie, cela était très plausible, puisque l'état ne dépend pas des conventions, il dépend de la loi. Mais quand la loi permet aux époux de modifier l'état par leurs conventions matrimoniales, ces modifications prennent la nature d'un droit conventionnel; donc il ne s'agit plus d'une question de statut, mais de la loi que les parties se font, et le législateur n'intervient dans les conventions que pour leur donner l'appui de son autorité.

Il va sans dire que Bouhier abonde dans ces sentiments. « Il y a peu d'actes dans la société civile, dit-il,

(1) Dumoulin, Commentaire sur le livre I du code, au mot *Conclusiones de statutis*.

où la fixation du domicile soit plus importante que dans les contrats de mariage : la raison est qu'encore qu'il soit libre au mari de changer de demeure comme il lui plaît, après le mariage, ce changement ne saurait jamais apporter de préjudice aux droits acquis à la femme par la loi du domicile constitué au temps du contrat; autrement le mari serait le maître d'anéantir à son gré une partie des conventions matrimoniales, contre toutes les règles de la justice. C'est un point sur lequel tout le monde est d'accord. » Bouhier cite en tête les jurisconsultes que j'ai appelés réalistes, parce qu'ils nient le statut personnel ou donnent le moins possible à la personnalité. Tels étaient Rodenburg et Voet. On ne peut pas dire qu'ils fussent en contradiction avec eux-mêmes. Voet établit admirablement le principe mis en avant par Dumoulin et si vivement combattu par d'Argentré, que les conventions matrimoniales dépendent entièrement de la volonté des époux, alors même qu'elles sont régies par les coutumes, dans le silence des parties, par l'excellente raison qu'en cette matière les coutumes tiennent lieu de conventions. Bouhier ajoute que la liberté des parties va à ce point qu'elles peuvent se soumettre, en se mariant, à telle coutume qu'elles jugent à propos, quoique ce ne soit pas celle du domicile des contractants ou du moins de l'un d'eux (1). A vrai dire, ce n'était pas une liberté particulière au mariage et établie à raison de la faveur que le législateur lui accorde, c'est le droit commun, la liberté étant de l'essence de tous les contrats : qui peut mieux que les parties contractantes savoir ce qui est de leur intérêt?

La règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, malgré le changement de domicile, était admise par tout le monde, comme dit le président Bouhier; elle se trouvait dans les ouvrages élémentaires (2). Fœlix la considère comme un des principes du droit international privé. Mais notre science, plus que toute autre partie du

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch. 21, nos 13 et 15 (Œuvres, t. I, p. 581 et 582).
(2) De Ghewiet, *Institutions du droit belgique*, II, 5, § 3, art. 3.

droit, est une mer de doutes. Fœlix signale des dissidences, et lui-même ne s'exprime pas avec la précision désirable. « L'association conjugale quant aux biens, dit-il, une fois constituée par l'effet de la loi du *domicile* du *mari* au moment du mariage, ne se modifie pas par suite d'un changement de la même loi. C'est ce que la plupart des anciens auteurs ont décidé pour le cas du changement de domicile des époux pendant le mariage; aujourd'hui le même principe s'appliquera au changement de nationalité. Les auteurs ont pensé, d'une part, que l'intérêt de l'union entre les deux époux exige de la fixité dans leurs rapports pécuniaires et qu'on ne doit pas autoriser une opinion qui permettrait au mari, maître de changer la nationalité de la femme avec la sienne, de modifier en même temps à son profit l'association conjugale quant aux biens (1). »

299. J'ai bien des réserves à faire sur les motifs que Fœlix allègue, et les motifs, c'est tout le droit. D'abord je n'admets pas que les conventions matrimoniales dépendent de la loi du domicile que le mari avait lors du mariage. Dumoulin vient de nous dire que les époux peuvent s'en rapporter à une coutume qui n'est celle du domicile d'aucun d'eux (n° 298); donc tout dépend de leur volonté. Aussi l'immutabilité des conventions matrimoniales n'est-elle pas une règle particulière au mariage, toutes les conventions sont immuables, et rien ne dépend du changement de domicile. Il y a seulement ceci de particulier au contrat de mariage d'après le code Napoléon, c'est qu'il ne peut pas même être modifié par la volonté des époux. Dans l'ancien droit, il y avait des coutumes qui permettaient aux époux de modifier leurs conventions; ce qui n'empêchait pas que le changement de domicile n'eût aucune influence sur ces conventions. Il faut donc remonter au principe qui est la vraie raison de l'immutabilité du contrat de mariage, en cas de changement de domicile; si le statut variait avec le domicile, c'est que le statut

(1) Fœlix, *Traité du droit international privé*, t. I, p. 214, n° 91 et les auteurs qu'il cite.

était une loi qui s'imposait aux parties ; or, dans les conventions, et notamment dans le contrat de mariage, la loi n'impose aucune règle aux parties; donc il ne pouvait y avoir conflit de lois à raison du changement de domicile; les premières conventions subsistaient parce qu'elles ne pouvaient être modifiées par le fait du mari, dont la volonté détermine le domicile, et aujourd'hui il faut ajouter qu'elles ne peuvent pas même être changées par le concours de volonté des époux (C. Nap., art. 1395) : les conventions restent donc nécessairement ce qu'elles étaient en vertu de la loi immuable que les époux se sont eux-mêmes imposée par leur contrat de mariage exprès ou tacite.

J'ai dit qu'il y a des dissidents. Les Anglo-Américains sont régulièrement d'un avis différent de celui des jurisconsultes étrangers, comme Story les appelle. Ce n'est pas qu'il conteste l'immutabilité des conventions matrimoniales, mais il la restreint en ce qui concerne les biens que les époux acquièrent pendant le mariage : les meubles, d'après lui, sont soumis à la loi du domicile actuel, et les immeubles à la loi de la situation des biens (1). N'est-ce pas matérialiser le droit comme le faisait le régime féodal? Il s'agit d'une question de volonté, et la volonté se détermine-t-elle par la situation des biens, situation réelle pour les immeubles, situation fictive pour les meubles? Cela n'a point de sens.

300. Ceux qui admettaient que les conventions matrimoniales, au moins tacites, changeaient avec le domicile, avouaient qu'il n'était point juste que le mari, en transférant son domicile dans une coutume qui lui était plus favorable, pût altérer les droits de la femme. Ils croyaient que pour prévenir cet abus, les époux pourraient stipuler qu'il ne serait pas permis au mari de changer de domicile sans le concours de la femme (2). L'idée paraît singulière, et elle l'est dans la doctrine traditionnelle, qui donne au mari puissance sur la femme, et fait à celle-ci un devoir

(1) Story, *Conflict of laws*, p. 220, § 187 (7e édit.).
(2) Boullenois (d'après Rodenburg), *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, t. II, p. 422-425).

de le suivre partout où il lui plaît de résider. Dans ce système, on ne conçoit pas que les époux dérogent à la puissance maritale, qui est d'ordre public, et c'est bien une question de puissance que le choix du domicile. Bien moins encore le contrat de mariage pourrait-il stipuler que le mari ne pourrait changer de nationalité. Dans l'opinion commune, la nationalité est indifférente, et par conséquent la question n'a pas d'importance pratique en ce qui concerne les conventions matrimoniales, mais elle serait très importante pour le changement d'état, conséquence du changement de nationalité, s'il était vrai, comme le dit Fœlix, que le mari, en changeant de nationalité, change aussi la nationalité de la femme. En droit français on n'admet pas ce principe; on le suit là où l'unité de famille domine le droit individuel de la femme. Ce dernier principe est celui que j'ai soutenu dans ces Etudes. Reste à savoir si l'unité de famille ne doit pas avoir une autre conséquence, celle de l'égalité des deux époux. Y a-t-il une vraie unité là où l'un des associés commande en maître et où l'autre obéit en esclave? Je reviendrai sur ces questions qui soulèvent de grandes difficultés. Dans mon opinion, le mariage est l'union des âmes, comme l'a dit Napoléon au conseil d'Etat; or, cette union implique l'égalité qui résulte de l'affection et elle exclut l'inégalité qui entraîne la soumission servile et qui exclut la vraie unité. Dans cet ordre d'idées, tout doit se faire de commun accord entre les époux; le changement de domicile, et, s'il y a lieu, le changement de nationalité.

N° 3. LE DIVORCE.

301. Une affaire célèbre et remplie de scandales a appelé l'attention publique sur des questions qui n'intéressent guère que les légistes La princesse de Bauffremont, séparée de corps, se fait naturaliser en Allemagne; devenue Allemande, elle divorce et se remarie avec un prince roumain. Ces changements de nationalité et d'état, cette rupture d'un mariage qui, d'après le statut national des conjoints, était indissoluble, étaient-ils légaux? La

justice a prononcé, en maintenant l'immutabilité du statut matrimonial. C'est un des effets les plus affligeants qui soit résulté du conflit des lois qui régissent les différents pays. Comme, dans l'espèce, la difficulté se complique des principes qui régissent la séparation de corps, j'en ajourne l'examen au chapitre où je traiterai du mariage. Pour le moment, je me borne aux principes généraux sur le changement de nationalité dans son application au divorce.

Le principe même ne souffre aucun doute. Le changement de nationalité a pour conséquence nécessaire le changement du statut personnel ou national. Ce principe s'applique-t-il au divorce? Sur ce point encore, il ne saurait y avoir de controverse sérieuse. Le divorce est la dissolution du mariage, il détruit l'état que le mariage avait créé et il rend aux époux l'état qu'ils avaient avant de se marier; la femme, notamment, d'incapable qu'elle était, redevient capable. Donc le divorce est un statut concernant l'état et la capacité, partant personnel ou national; c'est dire qu'il change avec la nationalité. J'examinerai plus loin s'il en est de même dans la doctrine qui attache le statut au domicile.

L'application du principe au divorce soulève une difficulté qui est spéciale au mariage. C'est la question de savoir qui peut changer de nationalité. Quand les deux époux sont d'accord, il n'y a aucun doute; dans le système français, chacun d'eux a le droit individuel de changer de patrie, et s'ils s'entendent, ils acquièrent un nouveau statut, mais ce sera le même. Dans le système de l'unité de famille et de la subordination de la femme, on aboutit au même résultat; la femme change de nationalité avec le mari, et par suite ils auront le même statut. Reste une difficulté, dans la doctrine française : si le mari seul change de nationalité, lui seul aura un nouveau statut, la femme conservera le sien. Quelle sera l'influence de ce double statut sur le divorce? Les législations diffèrent : celles des pays protestants admettent le divorce; dans les pays catholiques, il était jadis universellement prohibé, comme contraire au dogme de l'Elise; depuis que la so-

ciété laïque s'est sécularisée, le divorce a été introduit en France, et là où le code Napoléon a pénétré ; en 1816, une chambre, folle de réaction, a replacé le mariage sous la domination du dogme catholique de l'indissolubilité du mariage. Le code italien a consacré le même principe. De là de regrettables collisions. Les regrets ne servent à rien ; le conflit existe et il faut le vider.

302. Les deux époux ont la même nationalité, et ils appartiennent à un pays qui repousse le divorce. Si des époux français, par exemple, se font naturaliser en Belgique, pourront-ils demander le divorce? En principe, l'affirmative n'est point douteuse. Les Belges peuvent divorcer, or, la naturalisation donne aux étrangers naturalisés tous les droits privés dont jouissent les naturels ; il n'y a de différence entre les naturels et les naturalisés que pour ce qui concerne certains droits politiques, lesquels sont hors de cause en matière de divorce. Cela décide la question. Il en serait autrement si un Français s'établissait en Belgique, avec autorisation du roi ; il reste Français et, comme tel, soumis au statut français, lequel prohibe le divorce. Mais si les deux époux sont naturalisés, rien ne les empêche de demander le divorce.

On fait une objection : les deux époux, on le suppose, se font naturaliser en Belgique dans le but d'obtenir la faculté de divorcer ; n'est-ce pas faire fraude à la loi française et, par suite, la naturalisation et le divorce ne doivent-ils pas être réputés nuls ? J'admets le principe que tout acte fait en fraude de la loi personnelle est nul (1), et il serait nul, en Belgique, quoique l'acte fût fait en fraude de la loi française ; en effet, la naturalisation obtenue en Belgique est viciée par la fraude, et nulle à ce titre ; par suite, le divorce aussi, prononcé par nos tribunaux, serait nul, car le divorce surtout est frauduleux. Est-ce à dire que par cela seul que les époux français se font naturaliser en Belgique et divorcent, tous ces actes soient entachés de fraude ? Non certes. La fraude est une question de fait, et elle doit être prouvée ; or, le fait seul

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, nos 294-301.

de se faire naturaliser et de divorcer ensuite ne prouve pas que la naturalisation est frauduleuse. Elle peut être sincère et sérieuse. Les époux abdiquent une patrie qui leur ravit la liberté; ils choisissent une autre patrie, où ils auront le droit de rompre des liens qui font le malheur de leur vie; ils entendent devenir et rester Belges. Quoi de plus légitime? Il n'y a rien de frauduleux dans ces agissements; les époux usent d'un droit et ils en usent sérieusement.

De ce que les Français qui se font naturaliser à l'étranger et y divorcent usent d'un droit, on a conclu que celui qui use d'un droit ne fait jamais fraude à la loi. Cela n'est pas exact. Il y a fraude à la loi dès que, dans l'intention des parties intéressées, la naturalisation est fictive, et demandée sans vouloir en profiter, sinon pour obtenir le divorce. Le cas s'est présenté, je l'ai rapporté (n° 162). Dans l'espèce, le mari qui s'était fait naturaliser en Suisse n'avait jamais quitté la France, il ne voulait donc ni exercer les droits que lui donnait sa qualité de Suisse, ni remplir les obligations qu'elle impose. Quant à la femme, aussitôt qu'elle avait obtenu le divorce, elle s'était remariée avec un Français; ainsi elle avait abdiqué sa nationalité française, dans l'intention de la recouvrer par un nouveau mariage; donc, la naturalisation était fictive; or, une fiction ne peut pas conférer la qualité de naturel suisse et le droit de divorcer. Dans la trop fameuse affaire Bauffremont, la naturalisation de la princesse était également frauduleuse; elle n'avait pas l'intention de devenir Allemande, ni même de s'établir en Allemagne; à peine était-elle naturalisée dans un petit duché allemand qu'elle se maria avec un prince roumain, changeant de nouveau de nationalité, non pas pour devenir Roumaine, mais pour devenir princesse de Bibesco, après avoir fait prononcer son divorce.

De ce que la naturalisation suivie de divorce peut être frauduleuse, on ne peut pas conclure qu'elle l'est toujours. Dans une demande en divorce qui s'est présentée devant le tribunal d'Anvers, le premier juge avait décidé que le Français demandeur s'était fait naturaliser pour faire

fraude à la loi française; mais il ne citait aucune preuve de l'intention frauduleuse, sauf l'action en divorce. C'était une vraie pétition de principe. La cour de Bruxelles dit très bien que l'on ne pouvait pas soupçonner la fraude, dans l'espèce, parce que le Français, demandeur en divorce, avait séjourné pendant quinze ans en Belgique, avant de demander la naturalisation ; il était devenu Belge de fait avant de l'être de droit (1).

303. M. Brocher, dans son *Nouveau Traité de droit international privé,* insiste sur la fraude que l'époux naturalisé fait à la loi qui déclare indissoluble le lien conjugal, quand il est démontré que le changement de nationalité n'a eu lieu que pour y échapper : « La dignité, l'intérêt et les obligations supérieures de l'Etat peuvent-ils tolérer que l'on se joue de la sorte d'une disposition d'ordre public ? » Brocher répond : « Nous le reconnaissons volontiers, il y a là un fait regrettable; mais nous demandons à notre tour : Est-il possible de retenir les ressortissants de l'Etat dans des liens de sujétion qu'ils estiment leur être trop rigoureux ? Convient-il de le faire, pour maintenir un joug qui peut parfaitement devenir une cause de désordre quand il n'est pas volontairement porté ? N'est-il pas suffisamment satisfait à l'intérêt, aux obligations et à la dignité de l'Etat par le changement de patrie ? Que si l'on autorise ce changement, tout en refusant de reconnaître les conséquences qu'il doit naturellement avoir, n'y a-t-il pas là une source de conflits et de désordres plus graves que ceux dont il s'agit d'éviter la réalisation (2) ? »

Il me semble qu'il y a dans ces observations une certaine confusion d'idées : l'auteur confond la fraude faite à l'indissolubilité du mariage avec la fraude faite à la loi de naturalisation. Il y aurait fraude à la loi qui a aboli le divorce en France, si les époux divorçaient après avoir fictivement changé de nationalité, comme je viens de le dire, et dans ce cas, tout est nul pour cause de fraude,

(1) Bruxelles, 31 décembre 1866 (*Pasicrisie,* 1867, II, 87). Comparez Brocher, *Traité de droit international privé*, p. 125 et suiv.

(2) Brocher, *Droit international privé*, p. 126 et 127.

la naturalisation et le divorce. Mais si, comme M. Brocher le suppose, le changement de patrie et réel, il n'y a plus de fraude. Je puis changer de nationalité, parce que les lois politiques de ma patrie ne me conviennent pas; la république qui y est établie heurte mes sentiments, mes idées, mes convictions: n'ai-je pas le droit de m'expatrier, par le motif hautement avoué que je ne puis ni ne veux me soumettre à un régime que je déteste? L'émigration est le dernier droit de la minorité. Que l'on ne m'oppose pas l'émigration française de 1790; les émigrés faisaient plus que fuir une patrie dont la constitution blessait tout ensemble leurs intérêts et leurs prédilections monarchiques, ils prenaient les armes contre leur patrie. S'ils s'étaient contentés de s'expatrier, de changer de nationalité, rien n'eût été plus légitime. Eh bien, si je puis, sans fraude aucune, changer de patrie quand ses lois politiques ne me conviennent pas, pourquoi ne pourrais-je pas changer de nationalité quand ses lois civiles m'imposent un joug intolérable pendant ma vie entière, quand elles me dépouillent d'un droit qui est en même temps un devoir, le droit de mariage? L'Etat n'a pas à se plaindre que l'expatriation des citoyens qui veulent se soustraire à l'indissolubilité du mariage blesse sa dignité, quand ses lois portent atteinte à leurs droits.

304. J'ai supposé que les deux époux se faisaient naturaliser pour obtenir le divorce. La question est plus difficile quand l'un des époux demande la naturalisation dans un pays qui permet le divorce, et intente ensuite une action en divorce contre son conjoint, lequel, conservant sa nationalité, reste soumis à son statut national qui prohibe le divorce : cette action sera-t-elle recevable? La cour de Bruxelles s'est prononcée pour l'affirmative, je crois avec raison. Dans une première espèce, il s'agissait d'un Français qui avait épousé en France une Prussienne, laquelle, par son mariage, était devenue Française; le mari vint s'établir en Belgique en 1850; il obtint la naturalisation ordinaire en 1865, et en 1866, il forma une action en divorce, pour cause d'abandon; sa femme avait quitté le domicile conjugal, on ne savait pas où elle rési-

dait. Le tribunal déclara la demande non recevable; en appel, le jugement fut réformé. La cour commence par établir que l'étranger naturalisé en Belgique a tous les droits privés d'un indigène, donc celui de demander le divorce. Ce droit est absolu; peu importe que la femme soit restée Française, et comme telle soumise au statut français qui abolit le divorce; aucune loi ne subordonne le droit de l'un des conjoints naturalisé Belge au statut de l'autre qui est resté Français. Le premier juge s'était prévalu de l'anomalie qui résultait de cette contrariété de statuts, le mari pouvant demander le divorce, la femme ne le pouvant pas, et, par suite, le divorce, admis en Belgique, n'ayant en France aucun effet à l'égard de la femme française. Ce conflit de lois contraires se présente tous les jours; ce n'est pas une raison pour que le Français devenu Belge ne puisse user d'un droit qui appartient à tout Belge; cela serait aussi une anomalie, que le législateur belge ne peut admettre. Le premier juge disait encore que le mariage avait été contracté sous la loi de l'indissolubilité, et que le mari ne pouvait par sa volonté rompre un mariage que sa femme avait entendu consentir sous la loi de l'indissolubilité. La cour répond que l'indissolubilité n'est pas un droit acquis. Une loi nouvelle peut, en France, déclarer le mariage dissoluble; ce qui permettrait aux époux de rompre une union que l'un et l'autre avaient contractée, dans l'intention de la rendre indissoluble. Pour mieux dire, la dissolubilité ou l'indissolubilité du mariage n'est pas une question de volonté des époux; la loi autorise ou prohibe le divorce, par des considérations d'ordre public, sans tenir compte des sentiments individuels. Si la loi du mariage peut changer quant au temps, elle peut aussi changer quant au lieu (1). En Belgique, nous croyons que le divorce est un droit; l'un des époux peut user de ce droit, quand même le divorce répugnerait à la conscience de l'autre; donc, un Français naturalisé Belge doit avoir le droit de demander le divorce, quoique son conjoint, reste Français, et soumis, comme

(1) Bruxelles, 31 décembre 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 87).

tel, à la loi de l'indissolubilité. Le conflit résultant de la contrariété des statuts du mari et de la femme ne prouve qu'une chose, c'est que le législateur devrait maintenir l'unité de la famille, soit en subordonnant toujours la nationalité de la femme à celle du mari, soit en exigeant le concours de volontés des deux époux pour le changement de nationalité. Il y a encore un autre moyen de vider le conflit, c'est que toutes les législations autorisent le divorce. Le lent progrès des idées de liberté et de droit y aboutira.

Dans une seconde espèce, un Français avait épousé en Belgique une Belge, puis il avait obtenu la naturalisation et demandé le divorce. Le premier juge déclara la demande recevable. La femme interjeta appel et reproduisit les arguments et les objections auxquels je viens de répondre : la loi du contrat en vertu de laquelle le mariage était indissoluble. C'était confondre ce qui tient au contrat et ce qui tient à la loi. Ce n'est pas le contrat qui rend le mariage indissoluble ou dissoluble ; toute convention que les époux feraient à cet égard serait radicalement nulle, comme contraire à une loi d'ordre public ; or, l'ordre public est indépendant de la volonté des parties, le législateur seul a le pouvoir de le régler ; il le règle d'après ses idées sur les droits de la société, les exigences de la morale et les droits des individus. Les lois sur le divorce varient d'après les temps et les lieux, sans qu'il soit permis aux époux d'invoquer leur contrat contre ces variations. Vainement l'appelante disait-elle que, dans cette opinion, l'un des époux pourrait faire fraude à la loi de son pays ; le premier juge avait d'avance répondu à l'objection en prouvant que, dans l'espèce, il n'y avait pas un soupçon de fraude. L'appelante avait raison de dire que le droit de divorcer, reconnu à l'un des époux, tandis que son conjoint ne pouvait pas demander le divorce, heurtait l'égalité qui doit régner entre les époux ; mais ce reproche s'adressait au législateur. La cour confirma la décision du premier juge (1).

(1) Bruxelles, 31 décembre 1877 (*Pasicrisie*, 1878, 2, 114).

305. Il reste une dernière hypothèse, la plus facile. Un Belge marié acquiert la qualité de Français; par suite, il est soumis au statut français qui prohibe le divorce. Vainement dirait-il qu'il s'est marié sous la loi de la dissolubilité du mariage et qu'il a un droit acquis à demander le divorce; on lui répondrait qu'il n'y a pas de droit acquis en matière d'état. Quand la loi de 1816 abolit le divorce, tous les Français mariés avaient contracté mariage sous la loi qui permettait le divorce; cependant tous furent frappés par la loi nouvelle qui interdit le divorce. S'il n'y a pas de droit acquis quand une loi ancienne autorisant le divorce est remplacée par une loi nouvelle qui l'abolit, il n'y a pas de droit acquis non plus quand un Belge change de nationalité et de statut; le changement de *lieu* emporte changement de *loi*, et c'est la loi nationale que le Belge acquiert qui détermine son statut.

Y aurait-il droit acquis si le Belge avait divorcé en Belgique? Il est certain que le divorce serait maintenu. Ce n'est pas que le divorce prononcé soit un véritable droit acquis; ce droit n'est pas dans le patrimoine du Belge au moment où il se fait naturaliser en France, il n'en peut disposer; les notions d'état et de droit acquis sont incompatibles. Si le divorce subsiste, c'est par application du principe que les actes faits valablement sous l'empire du premier statut restent valables, comme ils restent valables quand une loi ancienne est remplacée par une loi nouvelle. Quand la loi de 1792 porta à quatorze ans l'âge auquel les femmes peuvent se marier, elle n'annula pas les mariages déjà contractés sous l'empire de la loi ancienne qui permettait le mariage à douze ans. Par identité de raison, la loi de 1816, abolitive du divorce, n'annula pas les divorces légalement prononcés sous l'empire du code Napoléon. Et ce qui est vrai du *temps* est aussi vrai du *lieu*.

Le Belge divorcé avant de devenir Français pourrait-il contracter un nouveau mariage en France? A mon avis, oui; car au moment où il acquiert la qualité de Français, son mariage est rompu, il n'est plus marié; donc il peut contracter mariage. Vainement dirait-on qu'il ne peut plus

invoquer son statut belge et que le statut français ne lui permet de se remarier que lorsque son premier mariage a été dissous par la mort. Je réponds qu'il n'invoque pas le statut belge, il invoque un fait légal, la dissolution de son premier mariage; la légalité de ce fait doit être reconnue par le juge français, puisqu'il s'est accompli en pays étranger et qu'il doit par conséquent être apprécié d'après la loi étrangère. Le statut français du Belge naturalisé est hors de cause; on ne peut le lui opposer pour un fait accompli avant qu'il eût obtenu la qualité de Français et le statut qui y est attaché.

306. Il s'est présenté devant la cour de Liége une question de non-rétroactivité dont je dois dire un mot, quelque mal fondée que me paraisse la décision de la cour. Un Français se marie en Belgique avec une Belge en 1814. En 1825, il obtient des lettres de naturalisation du roi des Pays-Bas; puis il intente une action en divorce pour cause d'adultère. La cour de Liége déclara l'action non recevable parce que l'adultère remontait aux années 1820-1824, époque à laquelle les époux étaient Français, et partant soumis à la loi française de 1816 qui abolit le divorce : « En changeant de domicile et de patrie, dit l'arrêt, le mari n'a pu aggraver, au préjudice de sa femme, les suites légales que pouvaient avoir éventuellement les excès qu'il lui reproche, parce que ce serait attribuer à la lettre de naturalisation un effet rétroactif, qui n'est autorisé par aucune loi et qui répugne à l'équité (1). »

Le principe de la non-rétroactivité signifie que les lois nouvelles ne peuvent pas porter atteinte à des droits acquis sous l'empire d'une loi ancienne. Y avait-il, dans l'espèce, un droit acquis? J'ai répondu d'avance à la question; le statut personnel et les droits qui en dépendent ne forment pas des droits acquis. Dès lors c'est faire une fausse application du principe que de parler de non-rétroactivité, en ce qui concerne le fait d'adultère commis sous l'empire du statut français. J'admets que la naturalisation n'a d'effet que pour l'avenir. Mais qu'est-ce à dire? et pour-

(1) Liége, 24 avril 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 125).

quoi la naturalisation ne rétroagit-elle pas? Est-ce parce qu'elle enlèverait un droit acquis? La question n'a point de sens. Le changement de nationalité n'agit pas sur le passé, parce que l'homme ne peut avoir qu'une patrie, et qu'il en aurait eu deux si la naturalisation rétroagissait. Qu'est-ce que cela a de commun avec l'adultère de la femme? Comme Français, le mari ne pouvait pas former une demande en divorce fondée sur l'adultère; comme Belge, il le peut. Est-ce là faire rétroagir la naturalisation? Le mari intente l'action après qu'il est devenu Belge, c'est son droit, sans rétroactivité aucune. Il invoque l'adultère de la femme : est-ce là faire rétroagir la naturalisation? L'adultère constituait-il par hasard un droit acquis pour la femme, en ce sens que cet adultère ne pourrait pas être invoqué contre elle comme cause de divorce? Pour le coup le sens moral se soulèverait contre un pareil droit. Mais le droit n'est pas coupable; c'est l'interprète qui confond. Le juge appelé à statuer sur une demande en divorce n'a qu'une chose à voir : y a-t-il adultère? Peu importe à quelle époque l'adultère a été commis. La jurisprudence est en ce sens; tous les arrêts qui ont admis le divorce après naturalisation étaient fondés sur des faits antérieurs à la naturalisation ; la question de la prétendue non-rétroactivité n'a pas même été soulevée.

307. Dans ce que je viens de dire du divorce, j'ai supposé un changement de nationalité ayant pour conséquence un changement de statut. Doit-on appliquer le même principe au changement de domicile, dans la doctrine qui fait dépendre du domicile le statut personnel. La tradition nous fait ici défaut, puisque le divorce n'était pas admis dans notre ancien droit. Brocher, qui traite la question, semble hésiter. Il avoue que le lien du domicile est moins fort que le lien de la patrie; il dépend de notre volonté seule de changer de domicile : peut-on admettre qu'en transférant son établissement principal de France en Suisse, on rende dissoluble un mariage qui était indissoluble d'après la loi du lieu où il a été contracté? Le Français qui établit son domicile en Suisse reste Français, et peut-il, tant qu'il conserve la nationalité française,

rompre une union que la loi française déclare indissoluble? Brocher reconnaît la gravité de ces objections, mais il ne les juge pas insurmontables (1). Il me semble que la réponse est facile et elle me paraît péremptoire. D'abord on doit écarter toute influence de l'idée de nationalité, puisque, dans le système du domicile, la nationalité est étrangère au domicile. Qu'importe que le Français domicilié en Suisse reste Français? La question est de savoir s'il conserve son statut français; or, la doctrine sur le terrain de laquelle je me place enseigne précisément que le statut change avec le domicile; donc le Français domicilié en Suisse est régi par le statut suisse, par conséquent il pourra divorcer. Dire qu'il ne le peut pas, c'est supposer qu'il se trouve encore sous l'empire du statut français; il serait donc simultanément soumis à deux statuts contraires, l'un admettant le divorce et l'autre le prohibant. Cela n'a point de sens.

Je comprends cependant l'hésitation de Brocher; la doctrine du domicile conduit ici, comme dans beaucoup de cas, à des conséquences absurdes; il est bon de les signaler, c'est dans ce dessein que je suis entré dans le détail des difficultés, des contradictions, des impossibilités juridiques auxquelles elle aboutit : c'est le moyen de convertir à la doctrine de nationalité les Anglo-Americains. Des Français se marient en France; ils ne peuvent pas divorcer, mais s'ils en ont envie, ils pourront le faire facilement; ils n'ont qu'à fixer leur principal établissement en Belgique. Il n'est pas même nécessaire que les deux époux établissent leur domicile en Belgique, il suffit que le mari le fasse, c'est l'affaire de vingt-quatre heures : puis ils divorceront tout en restant Français. Cela n'est pas admissible. Dira-t-on que ma critique se rétorque contre le principe de nationalité, puisqu'il est tout aussi facile d'obtenir la naturalisation que de changer de domicile? Cela n'est pas exact. En Belgique, il faut cinq ans de résidence pour obtenir la naturalisation, et elle peut être refusée à celui qui la demande, tandis que le domi-

(1) Brocher, *Droit international privé*, p. 127.

cile dépend uniquement de notre volonté. Or, il est absurde que, tout en restant Français, on puisse se soustraire à la loi française dans une matière aussi importante que celle du divorce. Il y aurait des Français divorcés malgré une prohibition que le législateur de 1816 considérait certainement comme étant d'ordre public!

N° 4. PUISSANCE PATERNELLE.

308. Dans l'ancien droit, la puissance paternelle différait grandement, selon que le père était domicilié dans un pays coutumier ou dans les provinces de droit écrit. Celles-ci avaient conservé les principes rigoureux du droit romain. La puissance paternelle était établie au profit du père, elle durait aussi longtemps qu'il n'avait pas émancipé l'enfant, et le mariage n'émancipait pas. Les coutumes, au contraire, n'admettaient point cette puissance du père, elles la transformaient en un devoir de protection; de là cet adage qui était formulé dans quelques coutumes, que « puissance paternelle n'a lieu ». Dans la doctrine coutumière, le mariage émancipait. Le droit romain ne donnait la puissance paternelle qu'au père de famille; les coutumes mettaient la mère sur la même ligne que le père. Dans les pays de droit écrit, l'enfant restait sous puissance pendant toute la vie de son père; il en résultait qu'il ne pouvait pas tester. D'après les coutumes, la puissance paternelle cessait à la majorité, et par suite l'enfant pouvait disposer de ses biens. Tels étaient les traits généraux de la puissance paternelle dans les provinces de droit écrit et dans les pays de coutume. Il y avait du reste de grandes diversités d'une coutume à l'autre, et, dans les provinces régies par le droit romain, d'un parlement à l'autre. Ainsi dans le parlement de Bourgogne, pays de droit écrit, les enfants sous puissance pouvaient tester avec l'autorisation de leur père; sans cette permission, ils ne pouvaient faire aucune disposition de dernière volonté, sinon au profit du père (1).

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, t. II, p. 30.

La diversité radicale du droit, dans les provinces de droit écrit et dans les pays de coutumes, donnait un grand intérêt à la question de savoir si le père, en transportant son domicile d'une province régie par le droit romain ou par les coutumes, dans un lieu où l'on suivait un droit contraire, changeait de statut : la puissance paternelle était-elle un état immuable ou changeait-elle avec le domicile? Dans le droit moderne, la question n'a plus guère d'intérêt, l'influence du droit romain va en diminuant. Le code Napoléon a suivi les principes du droit coutumier, qui étaient plus en harmonie avec le régime de liberté inauguré par la révolution de 1789. L'Italie, la patrie du droit strict, a déserté une doctrine qui méconnaît la personnalité de l'enfant en la sacrifiant à l'égoïsme du père. Toutefois il y a encore des conflits entre les diverses législations en ce qui concerne les droits utiles attachés à la puissance paternelle : dans tel pays, le père a l'usufruit de tous les biens de ses enfants, dans tel autre pays, il ne l'a point. Je reviendrai sur ces différences et sur le conflit qui en résulte en traitant des personnes et du statut personnel. Pour le moment, je me borne à la puissance paternelle proprement dite et à la doctrine qui fait dépendre le statut personnel de la coutume du domicile.

309. Boullenois pose comme principe que la puissance paternelle dépend du domicile du père et non du lieu où le mariage a été célébré ; de sorte que l'enfant né à Paris, d'un père domicilié à Paris, où l'on ne reconnaissait pas la puissance paternelle, n'était pas sous la puissance de son père, quoique ses parents eussent été mariés en pays de droit écrit. Il assimile la puissance paternelle à l'état de majorité ou de minorité, lequel, dans sa doctrine, dépendait du domicile de naissance sans que le changement de domicile postérieur des père et mère pût altérer l'état dans lequel leurs enfants étaient nés. Boullenois en conclut que pour décider si l'enfant est ou n'est pas sous la puissance de son père, quant aux droits d'autorité du père et à la sujétion des enfants, il fallait se fixer à la loi de la naissance, et que le changement de domicile du père ne chan-

geait en rien ce que le domicile de la naissance avait réglé à cet égard.

Comment Boullenois conciliait-il l'immutabilité de la puissance paternelle avec le principe que lui-même considère comme une loi générale, à savoir que l'état et la condition d'une personne dépendent absolument de la loi de son domicile actuel? Il invoque d'abord le droit naturel : la puissance paternelle, dit-il, est fondée dans la nature, elle naît avec la paternité, et il semble que ce soit la loi de la naissance qui en doive fixer les droits, et que ces droits doivent être immuables et indépendants de tout changement de domicile, à l'exemple de la majorité qui se règle par la loi de la naissance. Ces considérations sont très justes; mais ne pouvait-on pas objecter à Boullenois ce que lui-même objectait à Bouhier pour le statut de l'incapacité de la femme mariée? Qui l'autorisait à faire une exception à la loi du domicile? L'interprète n'a pas ce droit, et s'il l'a pour le statut de la puissance paternelle, il peut aussi le réclamer pour le statut de la puissance maritale : est-ce que celle-ci n'est pas aussi fondée sur la nature, et mieux que cela, sur la révélation?

Boullenois lui-même a des scrupules et des doutes qui le rendent perplexe. Il suppose un père qui, pendant son mariage, a eu plusieurs domiciles, dont les uns admettent la puissance paternelle et les autres la rejettent. Le père aura en sa puissance les enfants nés en pays de droit écrit, et il conservera sur eux sa puissance s'il transfère son domicile dans un pays de coutume. Là il a également des enfants; ces fils ne seront pas sous puissance. Ainsi, de plusieurs enfants de même père, les uns seront sous puissance, les autres n'y seront pas. Là-dessus Boullenois s'écrie : « Quel affreux mélange et que d'embarras! Quelle malheureuse bigarrure entre les enfants d'un même père! » Puis vient l'intérêt des tiers. Si le changement de domicile n'opère pas dans les enfants un changement d'état et de condition, il en résultera du trouble dans l'ordre civil, ce qui tournera au détriment du public. Un père breton qui viendra demeurer à Paris y apportera son droit de puissance; ses enfants y apporteront leurs

incapacités personnelles : seuls dans toute l'étendue d'une coutume, ils seront d'un état différent des autres citoyens. Un fils breton, âgé de soixante ans, qui aura encore son père, ne pourra emprunter sans son consentement. Le fils, eût-il vingt ans de domicile à Paris, serait sous les liens de la puissance paternelle, et le domicile public deviendra un piége pour ceux qui contracteront avec lui.

Mais la mutabilité du statut selon le domicile du père a aussi ses inconvénients. Si le statut change chaque fois que le père change de domicile, l'état des personnes sera perpétuellement vacillant : majeur aujourd'hui, l'enfant sera mineur demain : aujourd'hui exempt de la puissance paternelle, demain il y sera soumis, fût-ce à l'âge de cinquante ans. Boullenois finit par dire qu'en cette matière il y a des difficultés et des embarras partout; il fait appel au souverain, pour qu'il fixe ces sortes de questions; mais il avoue que le législateur sera aussi embarrassé que l'interprète, et que, tout en ne cherchant que le mieux, il aura encore de la peine à le rencontrer (1).

Ce n'est pas tout. Boullenois conclut, quant à présent, qu'il n'y a pas de parti plus raisonnable que de se fixer par la loi de la naissance. Mais vient une nouvelle difficulté. Est-ce que tous les droits qui dépendent de la puissance paternelle, même ceux qui sont utiles et réels, suivent également la loi de la naissance? Sur ce point Boullenois et Bouhier étaient en désaccord, tout en admettant l'un et l'autre l'immutabilité du statut qui règle la puissance paternelle. Ainsi alliés quant au principe, ils se divisaient dans l'application. C'est qu'il y avait une question préliminaire : est-ce que les droits utiles sont un statut personnel ou un statut réel? Boullenois, plus attaché à la tradition de la réalité des coutumes que Bouhier, se prononça pour la réalité du statut des droits utiles attachés à la puissance paternelle. Il distingue entre les meubles et les immeubles. Quant aux immeubles, le changement de domicile n'opère rien, parce que les droits dé-

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, t. II p. 32-36.

pendent uniquement de la situation des biens; c'est dire que le statut est réel, et ce statut n'a rien de commun avec le principe du changement de domicile. Quant aux meubles, Boullenois était d'avis que le changement de domicile ne faisait pas perdre au père le droit qu'il y avait acquis par son premier domicile, bien que les meubles changeassent de situation par le changement de domicile. Bouhier maintenait le droit du père sur les immeubles comme sur les meubles; à son avis, la puissance paternelle, étant toute personnelle dans son origine, doit l'être dans toutes ses attributions et ses conséquences. Je me suis rangé à cet avis dans mes *Principes de droit civil;* en traitant du statut personnel, je reviendrai sur la question; le conflit, en s'étendant aux législations nationales, n'a fait qu'augmenter la difficulté.

310. Je suis entré dans ces détails pour montrer à quelles difficultés et à quelles incertitudes est sujette la doctrine qui attache le statut personnel au domicile, et qui par suite le fait varier avec le domicile. Boullenois admet le principe, et il recule devant les conséquences. Bouhier n'ose pas rejeter le principe, mais il cherche en vain à le concilier avec l'immutabilité du statut personnel. Les contradictions de cet excellent esprit témoignent contre le principe. En réalité, ce n'est pas un principe, c'était nécessité dans l'ancien droit, où les coutumes variaient d'une province, d'une ville, d'une commune à l'autre : les hommes soumis à ces lois diverses étant tous naturels de l'Etat auquel ils appartenaient, il n'y avait d'autre moyen de distinguer les statuts que par le domicile, et le domicile ne pouvait être que le domicile actuel, puisque la doctrine du domicile se fondait sur la soumission de la personne à la loi qui régit le territoire qu'elle habite. Boullenois faisait exception pour certains statuts, ceux de la majorité et de la puissance paternelle dont il maintenait l'immutabilité, en les déterminant irrévocablement par le domicile de naissance. Bouhier allait plus loin, et

(1) Boullenois, *De la personnalité et de la réalité des statuts*, t. II, p. 33 et 36.

de l'exception faisait la règle : tout statut personnel est immuable, en ce sens qu'étant attaché à la personne, il doit suivre la personne partout. Le principe est vrai, mais il ne pouvait recevoir son entière application que dans un nouvel ordre de choses où la diversité des coutumes locales fait place à l'opposition des lois nationales, et où, par conséquent, la nationalité prend la place du domicile de naissance.

De fait, le domicile de naissance se confond presque toujours avec la nationalité. Le nombre de ceux qui changent de nationalité peut à peine être pris en considération, quand on le compare à la masse de ceux qui conservent la patrie que la naissance leur a donnée. La nationalité restant la même, il s'en suit que le statut est immuable. Quand, par exception, la nationalité change, le statut change également. Alors il peut se produire des anomalies qui choquaient Boullenois. La puissance paternelle changeant avec la nationalité, il arrivera que des enfants, que dis-je? des hommes de cinquante et de soixante ans tomberont sous puissance, si leur père se fait naturaliser dans un pays où règne le droit romain. Mais ces anomalies seront rares, et elles disparaîtront, parce que la puissance paternelle, telle que les Romains la comprenaient, est incompatible avec la notion que les peuples modernes se font de la liberté. Pour eux, c'est la liberté de l'individu, son individualité, sa personnalité, tandis que, à Rome, on entendait par liberté la souveraineté ; ce qui fait que, dans l'ordre civil, le père de famille seul était libre ; les enfants ne le devenaient que lorsque la puissance paternelle cessait, et elle ne cessait que par la mort ou par l'émancipation. Aujourd'hui nous estimons que l'homme doit être libre dès qu'il arrive à l'âge de raison ; et tant qu'il n'a pas cet âge, il n'est pas sous puissance, il est placé sous la protection de ceux à qui Dieu a donné charge d'âme. La révolution est radicale et elle aura son retentissement dans le domaine du droit. Le code Napoléon a répudié la puissance paternelle du droit romain : il reste au législateur à abolir la puissance maritale ; nos mœurs l'ont déjà abrogée, les lois n'auront qu'à consacrer

un fait accompli. Alors le conflit cessera, au moins pour les droits du père sur la personne de l'enfant et les droits du mari sur la personne de la femme. Quant aux droits sur les biens, la tradition luttera contre l'esprit nouveau, mais la tradition aussi se modifie insensiblement. La fausse doctrine de la souveraineté territoriale fait place à la puissance souveraine considérée comme mission sociale, et cette mission s'adresse aux personnes et non aux biens. Ici naît la grande difficulté de notre science qui consiste à faire la part à la souveraineté de la société et à la souveraineté de l'individu. Nous y arriverons. Pour le moment il faut déblayer le terrain en écartant les faux principes qui l'encombrent. Telle est la règle traditionnelle qui fait dépendre du domicile le statut personnel. La tutelle va nous offrir un dernier exemple de la confusion et de l'anarchie qui sont la conséquence inévitable d'une doctrine dont les racines se prolongent jusque dans la féodalité; c'est dire qu'elle n'a plus de raison d'être dans notre nouvel ordre civil et politique qui date de 1789, et la révolution a été une réaction violente contre les derniers débris du régime féodal dans l'ordre civil.

N° 5. DE LA TUTELLE.

311. Le mineur a un domicile légal, celui de son père. Après la mort de l'un de ses père et mère, la tutelle s'ouvre. Régulièrement le survivant des père et mère exerce la tutelle; toutefois il se peut que le père se fasse excuser ou que la mère refuse. Dans ce cas, il y a lieu à la tutelle dative; la puissance paternelle est séparée de la tutelle, le mineur aura son domicile chez son tuteur d'après le droit français. Quand père et mère sont morts, la tutelle seule subsiste, et par suite, le domicile du pupille est fixé chez son tuteur.

Dans la doctrine qui détermine le statut personnel d'après le domicile, il s'élève de grandes difficultés sur le statut du pupille. Il a son père et un tuteur : aura-t-il le statut que lui donne le domicile du tuteur? ou conservera-t-il le statut du domicile paternel? Si l'on s'attache

au domicile du tuteur, il y a une nouvelle difficulté : le tuteur change de domicile : est-ce que le statut du mineur changera? La question avait une grande importance dans l'ancien droit, puisque la succession mobilière était régie par la loi du domicile. On admet encore la même règle sous l'empire du code Napoléon; de sorte que le mineur aura des héritiers différents selon que son tuteur aura tel ou tel domicile.

Dans l'ancien droit, la question était controversée, comme tout ce qui tient à la loi qui régit le statut personnel. Les réalistes n'hésitaient pas à appliquer le principe qui détermine le statut d'après le domicile actuel. Or, quel est le domicile du mineur? Lui-même ne peut pas changer de domicile, puisqu'il est incapable; c'est à raison de son incapacité que la loi lui donne un domicile, celui de son père ou de son tuteur. Et aucune loi n'empêche le père et le tuteur de changer leur domicile et, par suite, celui du mineur. Vainement dirait-on que le tuteur ne peut pas changer le domicile du pupille; ce n'est pas le tuteur qui le change, c'est la loi : tout domicile légal change avec la cause ou le fait juridique auxquels le législateur attache le domicile. Y a-t-il lieu de distinguer entre le père et le tuteur? La distinction n'aurait pas de raison d'être. Il n'y a aucune différence entre le tuteur et le père ou la mère, en ce qui concerne le domicile : tout domicile légal peut changer. On objectera que si le domicile légal change, c'est par la volonté de celui à qui la loi attribue un domicile. On conçoit que le domestique change de domicile en changeant de service; c'est qu'il le veut ainsi; mais le mineur n'est pas capable de vouloir. Les réalistes répondent que le mineur est aussi incapable de s'obliger; or, de même que le tuteur contracte pour lui et en son nom, de même il change le domicile du mineur en changeant le sien. Il y a une nuance, il est vrai. Le mineur doit contracter, sinon il ne pourrait pas vivre, la loi a donc dû lui donner un représentant qui contracte pour lui. Mais où est la nécessité qui l'oblige de changer de domicile? On peut répondre qu'il y a une nécessité légale. Toute personne a le droit de changer de domicile,

et aucune loi ne prive le tuteur de cette faculté. Et quand le tuteur change de domicile, il est légalement impossible que le mineur n'en change point. Tel était l'avis de Bourgoingne, de Rodendurg, de Bynkershoek, de Voet (1). La plupart admettaient une exception pour le cas de fraude, par application du vieil adage que la fraude vicie tous les actes juridiques.

Cette opinion est logique, mais le danger de fraude est tel, que dans la pratique on la rejeta généralement. Il est vrai que l'on peut demander la nullité des actes frauduleux, mais la preuve est si difficile, alors que l'acte est en même temps l'exercice d'un droit, que Bynkershoek déclarait l'action inadmissible. Et s'il faut s'en tenir au domicile actuel du tuteur, on aboutit à des conséquences absurdes. Conçoit-on que les héritiers du mineur changent parce que le tuteur transporte son domicile d'une coutume où le père succède avec les frères et sœurs, dans une autre coutume où le père est exclu par les frères et sœurs? Quel rapport y a-t-il entre l'ordre de succession des parents appelés à succéder au pupille et le domicile qu'il plaît au tuteur de prendre? Un fait absolument étranger aux droits des héritiers présomptifs peut-il déterminer ces droits? Ce serait un vrai non-sens.

312. Il était facile de critiquer la doctrine des réalistes; mais comment échapper à la rigueur des principes que tout le monde admettait? La succession mobilière est réglée par la loi du domicile, et le domicile du mineur est celui de son tuteur. Pothier ne trouva qu'un moyen de sortir d'embarras, c'est de dire que le domicile légal attaché à la tutelle n'était pas un vrai domicile. On conçoit que le mineur ait pour domicile celui de son père et de sa mère, même après la dissolution du mariage : « Les enfants composent la famille de leur père, tandis qu'ils ne composent pas la famille de leur tuteur ; ils sont dans la maison de leur tuteur, comme dans une maison étrangère; ils y sont temporairement, pour le temps que doit durer la tutelle; par conséquent, le domicile de

(1) Voyez leurs témoignages dans Story, qui cite les passages (*Conflict of laws*, p. 636, § 505 et 505 *a*, de la 7ᵉ édition).

leur tuteur n'est pas leur vrai domicile. » Quel est donc leur vrai domicile? Pothier répond « qu'ils ne peuvent *être censés* en avoir d'autre que le domicile paternel, jusqu'à ce qu'ils soient devenus en âge de s'en établir un eux-mêmes par leur propre choix, et qu'ils l'aient effectivement établi. » *Censés!* Ce serait donc un domicile fictif. En effet, qu'est-ce que le domicile? C'est le lieu où une personne a son principal établissement; or, le pupille a-t-il un autre établissement que le domicile de son tuteur qui le représente dans tous les actes civils? Quoi! le siége de ses affaires serait au domicile de son père, quand il n'a plus de père! Qui donne le droit à l'interprète de créer une fiction aussi étrange qu'un domicile sans établissement?

Pothier n'admet qu'une exception au domicile paternel, c'est celui de la mère survivante et tutrice : « La puissance paternelle est, dans notre droit, différent en cela du droit romain, commune au père et à la mère; celle-ci, après la mort de son mari, succède aux droits et à la qualité de chef de famille qu'avait son mari à l'égard de leurs enfants; son domicile, quelque part qu'elle juge de le transférer sans fraude, doit donc être celui de ses enfants. » Si la mère survivante est tutrice, cela est d'évidence, elle cumule alors la puissance paternelle et la tutelle; mais si elle refuse la tutelle, le domicile légal du mineur ne sera pas chez sa mère, il sera chez son tuteur. Dans cette hypothèse, on comprend que le législateur fasse une exception au principe; la mère, quoique n'étant pas tutrice, reste chargée de l'éducation de ses enfants, or, la grande affaire du mineur, c'est son éducation. Mais il faudrait pour cela une loi qui dérogeât au domicile légal. Pothier n'a point ces scrupules; écrivant dans un pays de coutumes, il avait une grande indépendance, les coutumes d'ordinaire étaient muettes, et le droit romain n'était accepté qu'à titre de raison écrite. Cela explique comment Pothier établit des principes, y déroge, les modifie selon les exigences de l'équité; il était, à la lettre, ce que Portalis a eu tort de dire du juge, un ministre d'équité dans le silence de la loi. Il décide donc que si la mère se remarie, elle acquiert le domicile de son second mari, en

la famille duquel elle passe ; mais le domicile de son second mari ne sera pas celui de ses enfants, qui ne passent pas comme elle en la famille de leur beau-père. « C'est pourquoi, dit Pothier, ils sont censés continuer d'avoir leur domicile au lieu où l'avait leur mère, avant que de se remarier, comme ils seraient *censés* le conserver, si elle était morte ». Encore une fois une fiction : un domicile au lieu où l'enfant n'a plus aucun établissement !

Pothier apporte une exception à la règle qu'il établit pour la mère survivante. « Son domicile, dit-il, quelque part qu'elle juge à propos de le transférer sans fraude, doit être celui de ses enfants, jusqu'à ce qu'ils aient pu s'en choisir un qui leur soit propre. Il y aurait fraude s'il ne paraissait aucune raison de cette translation de domicile, que celle de se procurer des avantages dans les successions mobilières de ses enfants (1) ». Il pourrait encore y avoir fraude au préjudice des tiers si la mère, en changeant de domicile, changeait, à leur préjudice, l'ordre de succession. Chose singulière, Pothier ne parle pas du père survivant ; il semble lui reconnaître un pouvoir absolu, qu'il serait difficile d'admettre en droit moderne. Le père n'a, pas plus que la mère, le droit de faire fraude à la loi, soit à son avantage, soit au préjudice de tiers. Puis, le père peut s'excuser de la tutelle, il peut en être privé : maintiendra-t-on, néanmoins, le domicile du mineur chez son père, quoiqu'il ait un tuteur étranger? Pothier l'aurait certainement décidé ainsi, s'il avait prévu la difficulté.

313. L'opinion de Pothier peut être considérée comme le droit commun, sauf les dissentiments dans les détails. Boullenois fait tant de distinctions, qu'il est difficile de s'y retrouver. Story déclare qu'il ne l'a pas compris. Je crois inutile de m'y arrêter. Le principe était admis généralement que le tuteur ne pouvait point, en changeant de domicile, altérer l'ordre légal des successions. C'était l'avis de Mornac, de Christynen. Je me bornerai à citer le témoignage de Bouhier.

(1) Pothier, *Introduction à la coutume d'Orléans*, n° 17.

Il pose d'abord comme principe que les hommes sont naturellement soumis à la loi de leur domicile : c'est une *espèce d'obligation* que nous contractons en naissant. On voit déjà, par le vague du langage, combien la doctrine du domicile était incertaine. Bouhier n'ose pas dire que la naissance nous *oblige* à suivre les lois du lieu où nous voyons le jour. Cela peut se dire de la nationalité à laquelle Dieu nous attache en nous faisant naître dans une famille et dans un pays auquel appartiennent nos ancêtres. Mais comment attacher une obligation proprement dite au domicile? Bouhier comprend ce qu'il y aurait d'arbitraire à faire dépendre le statut d'un cas fortuit; si le hasard faisait naître l'enfant ailleurs qu'au domicile de son père, dans ce cas, par une *espèce de fiction*, il est *censé* né au domicile paternel. Déjà une fiction au début! Et une *espèce de fiction* qui déroge à une *espèce d'obligation !*

Vient le changement de domicile : « Encore que les hommes aient la liberté de changer de domicile, comme il leur plaît, néanmoins les mineurs, qui n'ont pas encore atteint l'âge où l'on peut user de cette liberté, sont *censés* être toujours demeurés dans le domicile de leurs pères, quelque long temps qu'ils aient demeuré ailleurs, à moins que ce ne fût *peut-être* quelqu'un de leurs *ascendants ;* encore cela ne serait-il pas *sans difficulté* (1) ». Ainsi, comme règle, une *fiction,* et comme exception, un *peut-être* entouré de *difficultés.* Voilà la tradition du *domicile !*

L'application du principe à l'ordre de succession fait naître de nouveaux doutes. Bouhier suppose que le survivant des époux, ayant des enfants, demeure dans une coutume où la succession des descendants est moins avantageuse aux ascendants, et qu'il transfère son domicile dans une coutume qui serait, à cet égard, plus avantageuse, et y emmènerait ses enfants : leur succession mobilière, s'ils meurent en minorité, sera-t-elle réglée par la coutume du premier domicile ou par celle du dernier?

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne*, ch. XXI, n° 3 (Œuvres, t. I, p. 580).

Bouhier rapporte l'avis de Rodenburg, fondé sur ce que, d'après Bartole, Bourgoingne et d'autres, il est permis au tuteur de choisir au pupille un nouveau domicile; à moins que la translation de domicile ne paraisse frauduleuse et faite en vue d'intervertir l'ordre de la succession légitime, elle doit être réglée, quant aux meubles, suivant la coutume du lieu où sont morts les mineurs.

Bouhier, qui d'ordinaire est en désaccord sur tous les points avec les réalistes, semble abonder ici dans leur avis, mais avec une réserve : « Et quand on en pourrait douter à l'égard des tuteurs collatéraux, il ne faudrait point faire difficulté dans le cas où les mineurs sont sous la tutelle de leurs pères, mères ou autres ascendants, dont la tendresse exclut toute présomption frauduleuse. » C'était l'avis de Maillard, le savant commentateur de la coutume d'Artois. Bouhier cite ensuite l'opinion de Lamoignon, en ses arrêtés : « Les mineurs retiennent le domicile qu'avait leur *père* au jour de son décès, sans considérer le domicile du tuteur ou de la tutrice, encore que ce fût la mère ». Voilà une nouvelle distinction, contraire à l'opinion de Pothier, ainsi qu'à celle de Boullenois : celui-ci se montre très favorable à la mère, tandis que Lamoignon la met sur la même ligne que les tuteurs collatéraux. « Que peut faire de mieux un mineur, dit Boullenois, que de continuer de vivre sous l'éducation de celui de ses père et mère que Dieu lui a conservé, et dès qu'il y a prudence et justice dans cette conduite, ce nouveau domicile devient une demeure juste et légitime pour le mineur, dont la succession mobilière doit suivre le sort. » Autant d'auteurs, autant d'avis.

Quelle est la conclusion de Bouhier? Il rejette tout changement de domicile quant au mineur : « C'est parmi nous une maxime inviolable que le domicile des mineurs, par rapport à leur succession, ne peut être changé par leurs tuteurs pendant leur minorité, ce qui a été sagement introduit pour empêcher que, par l'adresse de ces tuteurs, les immeubles des mineurs ne viennent à changer de nature, et à être convertis en choses meubles, qui passeroient par ce moyen à l'héritier mobilier, à l'exclusion de

l'héritier des propres. (1) » Ainsi, pour prévenir la fraude, on présume frauduleuse toute translation de domicile, et on établit un domicile fictif, sans établissement.

314. Story rapporte une espèce qui a été jugée en Angleterre par une de ces juridictions spéciales qui y abondent (*The Master of the Rolls*). Le père, naturel anglais, établit son domicile à Guernesey, et mourut *ab intestat*. Il laissait une veuve et des enfants de deux lits. La veuve fut nommée tutrice de ses enfants ; d'accord avec le tuteur des enfants du premier lit, elle vendit les biens du défunt et les plaça en fonds anglais, puis elle alla s'établir en Angleterre. Là un des enfants mineurs vint à mourir ; fallait-il appliquer la loi anglaise ou la loi de Guernesey ? La décision dépendait du domicile de l'enfant dont la succession devait être partagée. Il s'agit de savoir, dit le juge, si, après la mort du père, les enfants restés sous la garde de la mère conservent le domicile paternel, ou s'ils prennent celui que la mère choisira. D'après l'habitude des magistrats anglo-américains, le juge cite l'opinion des légistes du continent, Voet, Bynkershoek, Pothier. On voit que la citation est mélangée de témoignages qui, au fond, sont contraires : il faut nécessairement distinguer les écoles, sinon la confusion est inévitable. Ce qui excuse, dans l'espèce, le juge anglais, c'est que les diverses écoles paraissaient être du même avis en ce qui concerne la mère survivante, bien que par des motifs tout contraires : les uns permettaient à tout tuteur de changer le domicile du mineur, donc aussi à la mère : les autres maintenaient l'immutabilité du domicile paternel, mais en mettant la mère sur la même ligne que le père. Ainsi, de l'avis de tous, la mère avait le droit de changer le domicile de l'enfant, pourvu qu'elle le fît de bonne foi. Le juge anglais, se fondant sur l'autorité de Pothier, dit que l'on ne peut admettre la fraude que si la mère n'avait aucun motif raisonnable de changer de domicile. Or, dans l'espèce, le parti que prit la mère, après le

(1) Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, ch. XXII, nos 161-164 (Œuvres, t. I, p. 644).

décès du père, était si naturel, qu'il ne pouvait rester l'ombre d'un soupçon sur sa bonne foi. Qu'aurait-elle fait à Guernesey, après la mort de son mari ? Elle ne s'y était pas établie de son propre chef; elle avait suivi son mari, comme c'était son devoir; aucun lien ne l'attachait à l'île de Guernesey; sa patrie était en Angleterre; son changement de domicile était donc entièrement justifié. Le juge conclut que la succession devait être réglée par la loi anglaise, la loi du domicile de la mère, et partant de l'enfant mineur.

Telle est aussi la jurisprudence américaine, au témoignage de Story. Elle trouve un appui dans l'opinion de Burge, excellent jurisconsulte, qui reproduit presque textuellement la doctrine de Pothier : il y ajoute de très fines observations sur la question de fraude. Supposons, dit-il, que l'enfant fût malade, et qu'il n'y eût aucune raison plausible qui expliquât le changement de domicile, sinon de changer l'ordre de succession, le juge n'aura aucun égard à ce changement; il réglera la succession d'après la loi de l'ancien domicile. Mais si l'enfant était en bonne santé, de sorte que l'on ne pouvait songer à une ouverture de succession, le changement de domicile serait légal et, par suite, il comporterait un changement dans les droits des héritiers présomptifs, si l'enfant venait ensuite à mourir. Il en serait de même si l'enfant, quoique mineur lors de la translation du domicile, avait la capacité de tester; la fraude, dans ce cas, n'aurait plus d'objet, le mineur étant libre de disposer de ses biens (1). Malgré le poids de ces autorités, dit Story, il est difficile d'admettre qu'un simple tuteur, qui ne serait pas le père ou la mère, puisse changer le domicile du mineur, avec cet effet que l'ordre de succession en soit altéré (2).

315. Story a raison; mais il ne paraît pas s'apercevoir d'où vient cette anomalie qui lui répugne. Elle ne tient pas à la question de savoir si un tuteur peut changer le domicile de son pupille; elle tient au principe même

(1) Burge, *Commentaries on colonial and foreign law*, part. I, ch. II, p. 38 et 39.
(2) Story, *Conflict of laws*, p. 642, note.

que les Anglo-Américains admettent en ce qui concerne l'influence du domicile sur le statut. Laissons le mineur de côté, et supposons qu'un majeur change de domicile, et qu'il vienne ensuite à mourir. C'est un Anglais qui a fixé son domicile au midi de la France, pour cause de santé. Il meurt; sa succession mobilière va être régie par la loi française; tandis que si le médecin lui avait conseillé de s'établir à Madère, sa succession eût été régie par la loi espagnole. Ainsi, c'est une consultation de médecins qui déterminera le statut personnel et, par suite, l'ordre de succession! Cela est si absurde, que cela devient ridicule.

D'après l'opinion que j'ai soutenue dans ces Etudes, le statut personnel dépend de la nationalité. Pour que le mineur changeât de statut, il faudrait donc qu'il changeât de patrie, ce qui arrivera bien rarement; le fait presque universel sera donc que le statut que le mineur tient de son origine nationale est immuable. Quand arrivera-t-il que la nationalité du mineur change? Il ne peut pas changer de patrie par sa volonté, fût-ce avec autorisation de son tuteur. En droit français, la question ne peut pas même être posée, puisque le mineur n'agit point, c'est le tuteur qui le représente dans tous les actes civils; or, la loi ne donne pas au tuteur le pouvoir de changer la nationalité de son pupille, et le tuteur n'a d'autres pouvoirs que ceux que la loi lui donne. Quant au père, il ne peut pas non plus, en vertu de la puissance paternelle, changer la nationalité de ses enfants. En droit français, l'enfant conserve même sa patrie quand le père se fait naturaliser en pays étranger. De sorte que la difficulté qui a tant embarrassé les jurisconsultes dans le système de la loi du domicile, disparaît. Elle ne se présenterait que sous l'empire des législations qui étendent à toute la famille le changement de nationalité du père. Dans cette doctrine, on conçoit que le statut change, puisqu'il y a abdication de la patrie, et nouvelle nationalité. Encore faudrait-il, à mon avis, réserver aux enfants mineurs, à leur majorité, le droit de faire une option, ce qui leur permettrait de suivre leur patrie et le statut qui en dépend.

§ III. *Des droits patrimoniaux.*

316. D'après la doctrine traditionnelle, les immeubles sont régis par la loi de la situation, loi invariable quant au lieu, et par conséquent indépendante du domicile des propriétaires. De là suit que le changement de domicile n'a aucun effet sur le statut réel. Le code Napoléon a consacré la tradition en ce qui concerne la réalité du statut qui régit les immeubles (art. 3) (1). Dans cette théorie, il est indifférent que l'on détermine le statut d'après le domicile ou d'après la nationalité : comme le dit le code civil, les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Reste à savoir si la règle traditionnelle est conforme aux vrais principes. J'ai discuté cette difficile question dans le cours de ces Etudes (2). Ici il suffira de rappeler où en est le débat. La doctrine traditionnelle, dont les premières origines remontent à la féodalité, est ébranlée jusque dans ses fondements. Elle est basée sur la notion de la souveraineté territoriale, laquelle, dit-on, s'étend sur tous les immeubles qui constituent le territoire. Ce système a reçu une atteinte profonde en Allemagne, où, dès le dix-septième siècle, les jurisconsultes firent prévaloir le principe que les successions, sans distinguer entre les meubles et les immeubles, dépendaient de la loi personnelle du défunt, loi que l'on supposait être celle du domicile. Cette innovation a été consacrée par le code italien, ce qui lui donne une grande autorité; il est probable que les nouveaux codes entreront dans la même voie, et qu'ils finiront par rejeter entièrement la tradition, en la transformant. Il y aura toujours des statuts réels, en ce sens que le statut du territoire doit être appliqué dans les cas où les droits de la société seront en cause : alors le statut réel dominera le statut personnel, sans qu'il y ait à distinguer entre les meubles et les immeubles, et sans prendre en considération le domicile ou la nationalité du possesseur. Mais, s'il n'y a que des droits privés en cause, dans ce cas, le statut sera person-

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, p. 257, n° 136.
(2) Voyez le t. II, p. 259, nos 137-159.

nel, bien qu'il s'agisse d'immeubles. Cette transformation de la doctrine des statuts aura une influence décisive sur la nature des statuts et le changement qu'ils éprouvent quand le statut de la personne change. Le code italien a aussi pris l'initiative de cette révolution, en faisant dépendre de la nationalité le statut de la personne, dans tous les cas où la loi personnelle doit recevoir son application. Le nouveau principe se trouve déjà dans le code Napoléon ; on peut hardiment affirmer qu'il fera le tour du monde, car il tient à un fait qui s'accomplit partout, à savoir que les coutumes locales font place à une loi qui gouverne toutes les parties du territoire, de sorte que le droit ne varie plus d'après le domicile des personnes, il varie d'après l'Etat ou la nation auxquels elles appartiennent ; dès lors, la distinction des statuts fondée sur le domicile doit disparaître, pour faire place à la distinction des statuts d'après l'Etat ou la nation. Dans cet ordre d'idées, chaque personne est régie par sa loi nationale, pour ses immeubles comme pour ses meubles ; ce statut reste immuable alors même que la personne transporte son domicile d'un pays à un autre ; mais il change si la personne change de nationalité. Comme ce fait est un rare accident dans la vie humaine, les statuts auront une fixité qu'ils n'avaient pas dans la vieille théorie du domicile. Le nouveau principe est plus rationnel tout ensemble et plus pratique. Le domicile d'une personne pouvant changer plusieurs fois dans la vie, il devient incertain par quel statut elle est régie ; l'incertitude augmente quand il s'agit d'incapables, mineurs, femmes mariées. Cette source de difficultés disparaîtra quand le statut dépendra de la nationalité, et ne changera que par l'expatriation.

317. Les meubles, dans la doctrine traditionnelle, sont soumis à un principe tout différent ; ils sont régis par la loi du domicile quelle que soit leur situation. Un Français est domicilié en Belgique : son mobilier est régi par la loi belge ; s'il quitte la Belgique pour se fixer dans le royaume des Pays-Bas, en laissant ses meubles en Belgique ou dans sa patrie, la France, il seront néan-

moins régis par la loi néerlandaise. Le jurisconsulte napolitain, Rocco, qui est encore tout entier dans cet ordre d'idées, éprouve un grand embarras pour justifier cette singulière doctrine : qu'est-ce que des meubles, qui se trouvent en France ou en Belgique, ont de commun avec la loi des Pays-Bas? Son explication ne consiste qu'en fictions : c'est dire que toute la théorie est arbitraire. D'abord il suppose que les meubles servent à l'usage de la personne, ce qui n'est vrai que des meubles meublants, mais les valeurs mobilières, qui forment des capitaux immenses, ne servent pas plus à l'usage de la personne que les revenus des immeubles. Pour mieux dire, tous les biens, quelle que soit leur nature, n'ont d'autre destination que de servir aux personnes, à leur développement physique, intellectuel et moral; ils sont donc tous une dépendance de la personne, et si on les considère ainsi, on doit réputer toutes les lois personnelles, en principe, sauf à faire une exception pour celles qui tiennent aux droits de la société et où l'intérêt général domine.

Cette première fiction ne suffit point. Si la personne qui change de domicile emporte avec elle tout son mobilier, on comprend, au moins dans la doctrine traditionnelle, que les meubles soient régis par la loi du nouveau domicile. C'est l'application de la loi de souveraineté, laquelle s'étend à tous les biens, meubles ou immeubles qui se trouvent dans le territoire; or, dans l'espèce, les meubles ont une situation aussi bien que les immeubles. Mais comment justifier l'application de la loi de la situation, alors que les meubles se trouvent dans des pays différents comme je viens de le supposer? Pourquoi la loi néerlandaise régit-elle des effets mobiliers qui se trouvent en Belgique et en France? Rocco invoque une nouvelle fiction : ces meubles sont censés se trouver au domicile de la personne à l'usage de laquelle ils sont destinés. Ainsi une fiction entée sur une fiction (1)!

Dans le système qui considère comme personnel tout statut de la personne quand il s'agit de ses intérêts pri-

(1) Rocco, *Dell' uso e autorità delle leggi del regno delle due Sicilie*, p. 136-138.

vés et qui détermine le statut personnel par la nationalité, toutes ces difficultés disparaissent. On n'a plus besoin de recourir à des fictions, on reste sur le terrain de la réalité. Peu importe où une personne est domiciliée, et peu importe qu'elle change de domicile : c'est toujours sa loi nationale qui la régit dans tous ses rapports d'intérêt privé aussi longtemps qu'elle conserve sa nationalité. Cela est logique parce que la loi personnelle a son fondement dans les mêmes circonstances qui déterminent les nationalités diverses; elle sera donc, en général, immuable comme la nationalité : ce qui justifie le système. Si, par exception, une personne change de nationalité, elle changera nécessairement de statut. Ici il y a aussi une fiction, en ce sens que l'expatriation ne change pas subitement l'état physique, intellectuel et moral de la personne qui s'expatrie; mais, au point de vue juridique, la conséquence est une nécessité; il serait absurde que celui qui change de patrie conservât, au sein d'une patrie nouvelle, la loi nationale de la patrie qu'il abdique.

318. Ces principes s'appliquent aux successions. Il n'est pas question ici, dit Boullenois d'après Rodenburg, du droit de succéder à des immeubles qui sont toujours régis par la loi de la situation, mais seulement du droit de succéder à des meubles qui, n'ayant point d'assiette dans un lieu, suivent la personne et sont régis par les lois de son domicile. Si un habitant de Hollande vient demeurer à Utrecht, il est certain qu'en changeant de domicile il change l'ordre de la succession *ab intestat;* en sorte que si auparavant il habitait la partie de la Hollande où les frères et sœurs sont appelés à la succession, à l'exclusion des père et mère, et où les petits-fils d'un frère, par droit de représentation, concourent avec le fils d'un autre frère, il arrivera, à raison des lois du nouveau domicile, que ses père et mère lui succéderont ou que les enfants du frère excluront les petits-enfants d'un autre frère comme étant plus éloignés (1).

Si les légistes avaient réfléchi un instant sur les consé-

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, t. II, p. 54 (traduit de Rodenburg).

quences de la doctrine qu'ils exposaient en logiciens sans se préoccuper de la raison des choses, ils auraient dû reculer devant l'absurdité de la théorie traditionnelle du domicile. Tous s'accordaient à dire que la succession *ab intestat* est le testament présumé du défunt, donc de sa volonté, de ses sentiments, de son affection. Change-t-on d'affection en changeant de domicile? Quoi! j'ai pour héritiers présomptifs mes père et mère ; je change de domicile pour cause de santé, et je meurs : je n'aurai plus dans mon nouveau domicile l'amour que j'avais pour ceux à qui je dois la vie! J'ai des frères et sœurs, l'un est mort laissant des enfants; ces enfants sont appelés à me succéder par droit de représentation avec leurs oncles et tantes; si je transfère mon domicile dans une coutume qui n'admet pas le droit de représentation, mes neveux et nièces ne succèdent pas. N'ai-je plus pour les malheureux orphelins l'affection qu'un oncle doit à ses neveux et nièces? Mon amour se sera évanoui comme par enchantement, par cela seul que je quitte une ville pour aller dans une autre? On dira que dans le système de nationalité les mêmes anomalies peuvent se présenter si la loi de la nouvelle patrie exclut les père et mère, au profit des frères et sœurs, ou si elle rejette le droit de représentation. Sans doute, mais combien y a-t-il de personnes qui changent de nationalité? Tandis qu'un accident suffit pour entraîner un changement de domicile. Dans le système de nationalité, la règle presque universelle sera donc que le statut de succession restera stable. Voilà le grand avantage pratique de la nouvelle doctrine. Et en théorie, elle se justifie au moins par une nécessité juridique, tandis que le changement de l'ordre de successions par un simple changement de domicile n'a aucune raison d'être. Si cette doctrine s'est maintenue jusqu'à nos jours, c'est par l'influence que l'élément traditionnel exerce dans notre science.

319. Boullenois, de son côté, donne un exemple pour montrer que, par rapport aux meubles, le changement de domicile peut opérer un grand changement dans l'ordre de succession. Il y a, dit-il, des coutumes qui

admettent le double lien, c'est-à-dire, qui préfèrent les frères et les sœurs de père et mère, appelés frères germains, à ceux qui ne sont frères et sœurs que de père, appelés consanguins, ou qui ne le sont que de mère, appelés utérins. Un homme qui a des frères germains et qui demeure dans une coutume de double lien, aura pour héritiers de tous ses meubles ses frères et sœurs germains, à l'exclusion de tous les autres. Que si cet homme change de domicile et va demeurer dans une coutume qui ne reconnaît pas le double lien, tous ses frères et sœurs indistinctement lui succéderont pour les meubles (1). Ces anomalies, disons mieux, ces absurdités, justifient le mot de Pascal : « Plaisante justice qui varie quand la personne va habiter au delà d'une rivière ou d'une montagne ! » Elle était plus plaisante encore dans telle ville allemande où le droit variait, dans la même ville, d'un quartier à l'autre, d'une rue à l'autre. On dira que ces diversités, quelque affligeantes qu'elles soient, sont inévitables. Dans une certaine mesure, oui : tant qu'il y aura des nationalités diverses, il y aura des lois diverses. Mais ce sera déjà un grand pas vers l'unité du droit quand il ne variera que d'une nation à l'autre, au lieu de varier d'après le domicile; encore cette contrariété de législations tendelle à s'effacer par le contact et le mélange des populations; de sorte que l'on peut espérer que, sur les grands principes, les lois finiront par s'accorder. C'est pour préparer la voie à cette harmonie future qu'il faut combattre le principe de variété qui tient au domicile, en prouvant que dans notre nouvel ordre politique il n'a plus de raison d'être. Il y a de cela un motif péremptoire. Le statut personnel, dans la doctrine nouvelle qui tend à l'emporter, dépend de la nationalité, il naît donc avec la personne, il est attaché à son sang et à ses os; dans le cours régulier des choses, il est immuable. Dans la doctrine traditionnelle, au contraire, il varie avec le domicile. Or, le domicile dépend de notre volonté; d'où suit que la person-

(1) Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des statuts*, t. II, p. 58.

nalité d'une loi serait un effet de la volonté, voire même du caprice. C'est un non-sens.

320. Rocco fait une autre application du principe traditionnel aux legs. De quelle quotité de biens le testateur peut-il disposer? Il faut distinguer. S'agit-il d'immeubles, on suit la loi de la situation. J'ai dit ailleurs que c'était chose absurde que de faire dépendre le droit du propriétaire des lois où les biens sont situés. Ici il s'agit du changement de domicile, lequel ne peut affecter que les objets mobiliers. D'après la loi de mon domicile, je puis disposer de la moitié de mes biens quand je laisse un enfant. Je change de domicile, et il se trouve que, d'après la loi de mon nouveau domicile, la réserve augmente ou diminue. Mon testament sera modifié en conséquence; il pourra même devenir caduc, dit Rocco, si la loi du domicile que j'ai à ma mort ne me permet pas de disposer de mes biens (1). Voilà une nouvelle anomalie! La diversité des législations y est pour quelque chose; et ici le mal est sans remède, sauf le légitime espoir, que l'on peut nourrir, qu'un jour l'unité sur un point aussi important que la réserve finira par s'établir. Mais la tradition concernant la loi du domicile peut et doit être écartée dès qu'il y aura partout des lois générales ou des codes remplaçant les mille coutumes qui datent du moyen âge. Alors la réserve ne changera plus avec le domicile; elle sera la même tant que le testateur conservera sa nationalité et sa loi nationale; et il saura avant de s'expatrier quelle sera la conséquence qui en résultera en ce qui concerne le droit qu'il a de disposer de ses biens. S'il se décide à changer de patrie et de statut, le changement aura une raison d'être, la volonté du propriétaire, et cette volonté ne doit-elle pas être prise en considération quand il s'agit de la disposition de ses biens?

(1) Rocco, *Dell' uso e autorità delle leggi del regno delle due Sicilie*, p. 139.

SECTION IV. — Des étrangers.

§ Ier. *Des droits naturels qui appartiennent aux étrangers.*

N° 1. DU MARIAGE.

321. Quels droits sont naturels? Quels droits sont civils? J'ai dit, dans la Partie générale de ces Etudes, que la question est insoluble parce que la distinction est fausse (1). En théorie, on peut dire avec Merlin (2), que les droits naturels sont ceux qui ont leur source dans la nature et qui existent partout; voilà pourquoi on les rapporte au droit des gens, en prenant cette expression dans le sens romain. Mais cette définition est insuffisante ; quand peut-on dire qu'un droit a sa source dans la *nature?* et suffit-il qu'un droit n'existe pas partout pour qu'il ne soit plus un droit naturel? La définition de Merlin ne nous apprend rien sur ces éléments essentiels du débat.

Il y a une autre difficulté. Les lois positives et notamment le code Napoléon consacrent la plupart des droits que l'on appelle naturels. En faut-il conclure que ces droits doivent être rangés parmi les droits civils, parce que le législateur en a réglé l'exercice? S'il en était ainsi, aucun droit ne serait naturel, puisque régulièrement tous les droits sont organisés par la loi. Il faut donc laisser de côté les lois positives, pour s'en tenir à la nature des choses. En ce sens on peut dire que tous les droits qui sont nécessaires ou utiles à l'homme pour son développement physique, intellectuel et moral, sont des facultés naturelles, qu'ils soient ou non réglés par la loi. En effet, la mission de l'homme n'est-elle pas de développer les facultés dont Dieu l'a doué? C'est bien là la loi essentielle de sa nature; donc tous les droits qui l'aident à remplir sa mission sont *naturels*, quand même le législa-

(1) Voyez le t. II de ces Etudes, p. 16, nos 4-10.
(2) Merlin, *Questions de droit*, t. XII, p. 191, note, au mot *Propriété littéraire*, § 2.

teur les aurait créés. Mais cette théorie est inadmissible parce qu'elle détruit la distinction des droits naturels et des droits civils sur laquelle est fondé le système du code Napoléon. Il y a des droits appelés *civils* dont l'étranger est exclu, ce ne peuvent être que ceux qui ont leur source dans la loi seule, et qui n'existeraient pas si la loi ne les avait pas établis; tandis que l'on doit réputer naturels les droits qui existent indépendamment de la loi, et que le législateur ne fait que régler. Cette définition ne vaut pas mieux que celle de Merlin; car elle ne nous apprend pas quels sont les droits qui sont *créés* par la loi et quels sont ceux que la loi se borne à formuler. Il est inutile d'insister : on ne peut pas préciser une distinction qui est fausse.

322. S'il y a un droit naturel parmi tous ceux dont l'homme jouit, c'est bien le droit de contracter mariage. Y aurait-il un genre humain et des sociétés civiles sans ce premier lien qui unit l'homme et la femme? Et une institution, sans laquelle l'humanité ne se concevrait point, ne doit-elle pas être rapportée à la nature et à Dieu qui l'a créée? C'est aussi une institution civile, parce qu'elle est la base de l'ordre moral et de l'ordre social. Le législateur la règle, et il en subordonne la validité et même l'existence à certaines conditions. En faut-il conclure que le mariage est un droit civil? Non certes. C'est le consentement qui fait l'essence du mariage. Le code civil dit : « Il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement (art. 146). » Par contre, on peut dire que, dès qu'il y a consentement, il y a mariage. Si le législateur veut que ce consentement soit donné dans certaines formes, c'est pour donner de la certitude et de la stabilité à un contrat dont dépend l'existence de la famille et par suite de la société civile; il en résulte que, d'après le code Napoléon, le mariage n'existe que s'il a été célébré par l'officier de l'état civil; mais cela ne prouve pas que le droit ne soit pas naturel; la nature l'a établi partout, les lois l'ont réglé différemment; il y a des pays où le mariage est célébré par les ministres du culte, il y en a où l'on n'exige aucune solennité, rien que le consentement

et la possession publique : la solennité ne tient donc pas à l'essence du mariage.

Cependant on a soutenu que, dans le système du code Napoléon, le mariage est un droit civil ; et Guichard a pour lui un texte qui paraît décisif. L'article 25 du code Napoléon porte : « Par la mort civile, le condamné est incapable de contracter un mariage qui produise aucun effet civil. Le mariage qu'il avait contracté précédemment est dissous quant à tous ses effets civils. » Donc, le mariage est une institution civile, et si celui qui est mort civilement ne peut pas se marier, il en faut dire autant de l'étranger qui ne jouit pas des droits civils (1). Que répond Merlin ? Qu'il est universellement reconnu que les étrangers sont habiles à se marier en France, soit entre eux, soit avec des Français (2). Le code lui-même sanctionne le mariage d'une étrangère avec un Français et d'une Française avec un étranger (art. 12 et 19), et il consacre encore le mariage des étrangers entre eux, puisqu'il permet aux enfants qui en naissent de réclamer la qualité de Français (art. 9). Toujours est-il qu'en déclarant le mort civilement incapable de contracter un mariage qui produise des effets civils, et en rompant celui qu'il avait contracté, le code considère le mariage comme un droit civil. Il y a donc des dispositions contradictoires, et si le législateur se contredit lui-même, comment veut-on que les interprètes s'entendent ?

N° 2. DE LA PROPRIÉTÉ.

323. Le droit de posséder un immeuble en France est-il naturel ou civil ? Je rappellerai à ceux qui trouveraient la question singulière, que jusqu'en 1870, les étrangers ne pouvaient posséder un immeuble en Angleterre. L'article 3 du code Napoléon reconnaît implicitement ce droit à l'étranger. Voilà donc un droit qui est naturel ici et civil ailleurs ; dans la haute antiquité, il

(1) Guichard, *Traité des droits civils*, p. 10, n° 6, et p. 351, n° 314.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Étranger*, § 1, n° 8.

était civil partout. Ce fait suffit pour ruiner la distinction traditionnelle des droits naturels et des droits civils. Un droit naturel doit être tel partout et en tout temps; dire qu'un droit a commencé par être civil et qu'après cela il est devenu un droit naturel, c'est dire qu'il n'y a point de droits civils par leur nature, et que, par suite, la distinction traditionnelle n'a aucun fondement.

324. L'application du principe présente de nombreuses difficultés. Il y a des propriétés d'une nature spéciale. Telles sont les actions de la Banque de France. Une banque est un établissement commercial, et le commerce a toujours été considéré comme dépendant du droit des gens. Cependant, le législateur français a cru devoir déclarer d'une manière expresse, dans le décret qui contient les statuts définitifs de la Banque de France (1), « que les actions de cette Banque pouvaient être acquises par des étrangers »; et Guichard est d'avis qu'il fallait une disposition formelle pour que des étrangers eussent le droit de devenir actionnaires d'une banque essentiellement nationale, établie, réglée par le gouvernement et soutenue de son appui dans l'intérêt du crédit public. Ainsi une institution commerciale et, à ce titre, du droit des gens, devient une institution civile, parce que l'Etat y intervient. A ce titre, tout droit est civil.

325. Les étrangers peuvent-ils obtenir une concession de mines? Sur ce point, il y a également une disposition légale. La loi du 21 avril 1810, sur les mines, porte, article 13 : « Tout Français, ou tout étranger naturalisé ou non en France, agissant isolément ou en société, a le droit de demander et peut obtenir, s'il y a lieu, une concession de mines. » La même loi dit que l'exploitation d'une mine n'est pas considérée comme une entreprise commerciale (art. 32). Il s'agit donc d'une propriété civile. Pourquoi le législateur a-t-il donné formellement aux étrangers le droit d'obtenir une concession? C'est, dit Guichard, parce que l'exploitation des mines est une source de richesse pour l'Etat (2). N'en est-il pas de même

(1) Décret du 16 janvier 1808, tit. 1er, art. 3.
(2) Guichard, *Traité des droits civils*, p. 210, n° 211.

de tout travail littéraire, artistique, commercial, industriel? Et toute manifestation de l'activité humaine n'est-elle pas essentiellement un droit naturel, puisque c'est l'exercice des facultés dont Dieu nous a doués? Et s'il nous en a doués, c'est sans doute pour que nous les exercions! Cependant, les difficultés abondent en cette matière.

326. Y a-t-il une propriété littéraire et constitue-t-elle un droit naturel? Chose singulière! pendant des siècles, ces questions ne furent pas agitées. On lit dans un rapport fait par l'avocat général Séguier au Parlement de Paris : « Jusqu'au dix-septième siècle, nous ne trouvons aucune ordonnance, aucun arrêt, en un mot, aucun acte dans lequel la propriété des auteurs ait été reconnue ou contestée; il paraît qu'elle n'avait pas été mise en question. Dès que les auteurs réclamèrent leur droit de propriété, les tribunaux le reconnurent, et ils le consacrèrent tel que les auteurs le réclamèrent. Cette propriété est incontestable, et elle n'a pas été contestée. Il y en a un témoignage intéressant. Les libraires de Paris, ayant voulu contester aux petites-filles de La Fontaine, soixante-six ans après la mort de leur aïeul, le droit de réimprimer ses œuvres dont elles se croyaient propriétaires, un arrêt du 14 septembre 1761 déclara nulle cette opposition, bien qu'il n'existât aucune disposition législative sur la propriété des auteurs. » Voilà bien un droit naturel, existant sans l'action de la loi (1). C'est, au contraire, depuis que le législateur y est intervenu, que le droit a été mis en doute, ou du moins l'étendue de ce droit.

La première loi date de 1791. Voici en quels termes s'exprime le rapporteur de la commission chargée de l'examiner : « La *plus sacrée*, la *plus inattaquable*, et, si je puis parler ainsi, la *plus personnelle* de toutes les propriétés est l'ouvrage, fruit de la pensée d'un individu. » N'est-ce pas dire que c'est un droit naturel par essence? On a contesté la propriété du sol; Rousseau a traité d'usurpateur le premier homme qui osa dire : Cette terre est à

(1) J'emprunte ces faits au rapport du conseiller Férey, sur l'arrêt de la cour de cassation cité plus loin (Dalloz, 1852, 1, 162).

moi. Mais Rousseau n'aurait certes pas nié que sa pensée fût à lui ; et si l'auteur la livre au public, pour que tous en jouissent, est-ce à dire que le droit de la reproduire et de la multiplier par l'impression appartienne à tous? Le rapporteur ne tire pas cette conclusion ; c'est seulement par des motifs de justice qu'il reconnaît que les hommes qui cultivent le domaine de la pensée tirent quelques fruits de leur travail, pendant leur vie, et après leur mort, leurs héritiers. On a dit avec raison que la conclusion est étrange. La plus incontestable de toutes les propriétés, et partant la plus naturelle, est dépouillée d'un caractère essentiel de la propriété, la perpétuité ; dix ans après sa mort, la propriété cesse ! Passons sur ces contradictions. Le droit, au moins, est admis, quoiqu'on le mutile.

On finit par dénier à l'étranger le droit de propriété littéraire, par la raison que cette propriété est une création de la loi, et partant un droit civil. Toutefois, cette opinion ne trouva point faveur. La cour de cassation la condamna en s'appuyant sur les lois du 19 juillet 1793 et du 5 février 1810. Celle de 1793, dit la cour, en définissant la propriété littéraire, ne distingue pas entre les Français et les étrangers. L'argument n'est pas solide : le silence de la loi ne prouve rien en cette matière, puisque aucune loi n'a fait l'énumération des droits civils, et moins encore celle des droits naturels. La loi de 1810 est plus explicite ; l'article 40 est ainsi conçu : « Les auteurs, soit nationaux, *soit étrangers*, de tout ouvrage imprimé ou gravé, peuvent céder leur droit à un imprimeur ou à toute autre personne, qui est alors substituée en leur lieu et place, pour eux et leurs représentants ». Or, l'étranger ne peut céder un droit, c'est-à-dire le vendre, sans en être lui-même propriétaire. On ne peut objecter que le droit ne devient utile qu'entre les mains d'un cessionnaire français ; l'objection implique une impossibilité juridique, c'est que le cessionnaire aurait un droit que n'a point le cédant (1). Tel est aussi l'avis de Renouard : « C'est une disposition *libérale*

(1) Rejet, chambre criminelle, 10 août 1852 (Dalloz, 1852, 1, 335) et la note de l'arrêtiste.

et sage, dit-il, que celle par laquelle le décret de 1810 confère aux étrangers les mêmes droits qu'aux Français, pour les ouvrages dont la première publication a eu lieu en France. Cette assimilation, digne d'un *pays hospitalier,* est favorable à notre industrie, à nos relations sociales. Elle est conforme à l'esprit général de notre législation, surtout depuis l'abolition du droit d'aubaine (1). »

Il y aurait bien des choses à dire sur l'esprit *libéral* et *hospitalier* de la législation française. Mancini s'est plaint, au contraire, de l'esprit illibéral et inhospitalier des légistes français; et le code Napoléon en est un témoignage irrécusable. Au moment où le décret de 1810 a été porté, le droit d'aubaine, en ce qui concerne l'exclusion des étrangers, subsistait toujours; et qui l'a rétabli après que l'Assemblée Constituante l'avait aboli ? Le code civil. L'article 11 de ce code, qui n'accorde la jouissance des droits civils à l'étranger que sous la condition d'un traité de réciprocité, est au fond la doctrine des peuples barbares qui ne reconnaissent à l'étranger aucun droit. Si le droit d'aubaine a été aboli en France, ce n'est pas même par un motif d'humanité et de justice; les auteurs de la loi de 1819 s'en sont défendus, comme si le cosmopolitisme était un crime : c'était au moins un péché philosophique, et la Restauration n'entendait pas être solidaire de la philosophie. Je ne dis pas cela par un esprit de récrimination contre la France, que j'aime; mais il faut avant tout constater les faits dans leur vérité, et ne pas faire accroire aux Français que leurs lois sont libérales et hospitalières alors qu'elles ne le sont point.

Je suis heureux d'arriver à un décret du second empire, auquel on peut donner le titre d'hospitalier. Le décret de 1810 proclame le droit de propriété littéraire des auteurs étrangers ; mais la doctrine et la jurisprudence décidaient que les étrangers ne pouvaient revendiquer ce droit que sous la condition que leurs ouvrages fussent publiés en France, ce qui rendait la disposition du décret à peu près inutile aux auteurs qui écrivent dans une langue étran-

(1) Renouard, *Traité des droits d'auteur*, t. II, p. 206. C'est l'opinion générale.

gère, et qui ne peuvent guère publier leurs ouvrages en France. Un décret des 28-31 mars 1852 étendit le droit des auteurs aux ouvrages par eux publiés en pays étranger; la contrefaçon des livres étrangers fut mise sur la même ligne que la contrefaçon des livres français. On lit dans le rapport adressé à Napoléon, à cette époque président de la République : « L'étranger, qui peut acquérir et posséder sous la protection de nos lois des meubles et des immeubles, ne peut empêcher l'exploitation de ses œuvres au moyen de la contrefaçon, sur le sol d'ailleurs si hospitalier de la France. C'est là un état de choses auquel on peut reprocher non seulement de n'être pas en harmonie avec les règles que notre droit positif tend sans cesse à généraliser, mais même d'être contraire à la *justice universelle* (1). »

Voilà un décret auquel j'applaudis des deux mains. C'est un pas vers la réalisation de l'idéal de notre science, la communauté de droit entre les nations. Oui, il y a une *justice universelle*, c'est le lien qui unit les hommes, à quelque nation qu'ils appartiennent; aux yeux de la justice, il n'y a point d'étrangers, tout homme doit jouir partout des droits qui lui appartiennent, et si ces droits ont besoin d'une sanction, c'est un devoir pour le législateur de la leur accorder. Telle est la propriété littéraire. Grâce au décret de 1852, la piraterie littéraire a cessé de déshonorer les peuples civilisés; de nombreux traités ont réprimé comme un délit la honteuse exploitation qui, jusque-là, était considérée comme un droit. Telle est la convention, intervenue entre la Belgique et la France, du 1er mai 1861, approuvée par la loi du 27 mai 1861. Notre législation reconnaissait, à la vérité, la propriété de l'auteur étranger qui publiait son ouvrage en Belgique; la loi du 25 janvier 1817 n'exigeait qu'une condition pour assurer la propriété de tout auteur, c'est que l'éditeur fût habitant des Pays-Bas (art. 6); mais cette disposition ne profitait guère aux auteurs étrangers. La Belgique était le siége d'une contrefaçon active, au grand préjudice de

(1) Rapport d'Abatucci (Dalloz, 1852, 4, 93).

la littérature nationale, et au mépris du droit des auteurs français : la convention de 1861 nous a délivrés de cette honte.

Ainsi, la propriété littéraire est garantie par les lois, non à titre de droit civil, mais comme un droit naturel. Cependant, si l'on s'en tenait à la notion des droits civils, il faudrait ranger la propriété littéraire parmi ces droits. En effet, c'est une propriété d'une nature toute spéciale. La propriété est, de son essence, perpétuelle : conçoit-on une propriété temporaire, limitée à la vie du propriétaire, et continuée au profit des héritiers pendant un court espace de temps, dix ans d'après la loi française, vingt ans d'après la loi belge ? Si l'on proposait de limiter ainsi la propriété ordinaire, on crierait avec raison au socialisme et au communisme : ce serait, en réalité, la destruction de la propriété. Donc, la propriété littéraire n'est pas une véritable propriété, c'est une création arbitraire de la loi, n'ayant qu'une durée limitée, n'étant pas même assurée contre la contrefaçon étrangère, sauf en vertu d'un traité. Il y a plus : le droit même de l'auteur est combattu par des publicistes qui nient que l'auteur ait la propriété de son œuvre, du moment qu'il la rend publique ; peut-on considérer comme un droit naturel un droit dont l'existence est contestée ? La même incertitude règne sur la propriété industrielle. J'y reviendrai. Il me faut encore signaler les incertitudes et les contradictions qui existent sur la nature des démembrements de la propriété.

327. Au premier abord, on s'étonne de cette incertitude. Si les étrangers sont capables de propriété, ne doit-on pas les considérer, par cela même, comme capables de tous les démembrements de la propriété ? On l'admet, en effet, pour les servitudes réelles. Le doute commence déjà pour les servitudes personnelles. Les lois romaines décidaient que l'usufruit et l'usage sont de pur droit civil, d'où suit que l'étranger ne pouvait être ni usufruitier, ni usager. Dans notre droit moderne, cette incapacité n'existe plus. Voilà donc un droit qui a commencé par être civil, et qui a fini par être naturel. Cela n'est-il pas profondément absurde ?

Le doute et la contradiction augmentent quand on consulte nos meilleurs auteurs, les princes de la science, sur la nature de l'hypothèque. Merlin, se fondant sur le nom et l'autorité de Cujas, soutient que l'hypothèque est un droit purement civil (1). Ce n'est pas, dit-il, par le droit des gens, qui ne connaît d'autre moyen d'acquérir que l'occupation, que peut être établie la fiction en vertu de laquelle un créancier acquiert des droits réels dans un immeuble dont la possession demeure tout entière dans les mains du débiteur. Le motif est étrange quand on compare l'hypothèque à la servitude : est-ce que le propriétaire du fonds dominant possède par hasard le fonds servant? Cependant le droit qu'il a dans ce fonds est considéré comme naturel. On dira qu'il le possède partiellement, puisqu'il y exerce un droit qui démembre la propriété. Mais n'en est-il pas de même du créancier hypothécaire? Où est la différence en ce qui concerne la servitude de ne pas bâtir et l'hypothèque? Le propriétaire du fonds dominant pas plus que le créancier hypothécaire n'exercent, dans ces cas, un acte de possession; il suffit, pour que leur droit soit un démembrement de la propriété, que les détenteurs du fonds servant et du fonds hypothéqué n'y puissent rien faire qui porte atteinte à leurs droits. Donc ces droits démembrent la propriété; et si la propriété entière est un droit naturel, n'en doit-il pas être de même d'une fraction de ce droit? Ce qu'il y a de plus étrange dans la théorie de Merlin, c'est que le grand jurisconsulte, après avoir dit que l'hypothèque est un droit purement civil, ajoute que personne ne s'est jamais avisé de contester aux étrangers le droit d'acquérir hypothèque sur des biens situés en France, en remplissant toutes les formalités prescrites par les lois françaises, alors même qu'il n'y aurait aucun traité de réciprocité et que l'étranger ne serait pas domicilié en France avec une autorisation du gouvernement. Pour le coup, la contradiction est complète. Merlin admet, avec la jurisprudence, qu'en l'absence d'un traité l'étranger ne jouit point des

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Etranger*, § 1, n° 6.

droits civils en France, à moins qu'il n'y soit domicilié avec autorisation (C. Nap., art. 11 et 13). Il enseigne que l'hypothèque est un droit purement civil et néanmoins il reconnaît que l'étranger peut avoir une hypothèque sur des biens situés en France. Combat-il cette pratique universelle? Non. Je ne me charge pas d'expliquer la contradiction (1), je la constate pour montrer à quelle incertitude aboutit la distinction des droits civils et des droits naturels. En face de ces inconséquences, Merlin n'aurait-il pas dû protester contre la doctrine traditionnelle? Il était trop l'homme de la tradition pour songer à l'attaquer, et il faut le dire, l'esprit philosophique lui manquait. C'est un admirable interprète, mais il s'arrête à l'interprétation.

En théorie, il y a une raison décisive pour accorder à l'étranger le droit d'hypothèque, c'est qu'il a le droit de contracter, il faut donc qu'il ait le droit de stipuler les garanties accessoires des contrats. Cependant je n'oserais pas affirmer que telle soit la pensée des auteurs du code. L'article 2128 porte que les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires dans les traités. Tout le monde critique cette disposition (2). Un acte de vente reçu à l'étranger transfère la propriété des biens situés en France : pourquoi un acte d'hypothèque, qui est une aliénation partielle, ne serait-il pas aussi valable qu'une aliénation totale? La contradiction ne s'explique que si l'on admet que, dans la pensée des auteurs du code, l'hypothèque est considérée comme un droit purement civil, comme dit Merlin. Il est vrai que les raisons qu'il donne sont mauvaises, et les auteurs du code civil n'en donnent pas de meilleures. Et comment pourrait-on donner une bonne raison d'une théorie qui est irrationnelle?

328. Si l'hypothèque conventionnelle, qui dépend entièrement de la volonté des parties contractantes, est un droit civil dans le système du code, à plus forte raison

(1) Voyez ce qu'en dit Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 406, n° 512 (2e édit.).
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXX, p. 427, n° 456.

doit-on considérer comme tel l'hypothèque légale. En effet, cette hypothèque est une création de la loi, elle n'existe qu'en vertu de la loi : s'il y a un droit civil, c'est celui-là. Tel est l'avis de la plupart des auteurs, et la jurisprudence est en ce sens. On décide, en conséquence, que le mineur et l'interdit étranger n'ont pas d'hypothèque légale sur les biens de leur tuteur situés en France, quand même le tuteur serait Français et que la tutelle aurait été déférée en France. De même, on décide que la femme étrangère n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France, alors même qu'elle serait d'origine française et que le mariage aurait été célébré en France (1).

Voilà une doctrine qui fait un singulier contraste avec l'esprit libéral et hospitalier de la législation française que les auteurs français aiment à célébrer. Pourquoi la loi accorde-t-elle une hypothèque aux mineurs? Est-ce parce qu'ils sont Français? Elle intervient en leur faveur, parce qu'ils sont incapables, et les mineurs étrangers sont-ils par hasard moins incapables? Leur incapacité est d'autant plus grande qu'ils ne trouvent pas dans leur famille et dans leurs relations l'appui et la protection qui d'ordinaire entourent les mineurs indigènes. Dira-t-on que le législateur ne doit sa protection qu'aux membres de la société pour laquelle il fait des lois? Voilà la théorie des droits civils dans toute sa barbarie : l'étranger est un ennemi, comme le dit la loi des XII Tables, et l'ennemi n'a droit à aucune protection, fût-il un enfant au berceau. Qu'on ne se récrie pas contre cette comparaison que j'établis entre le droit français et le vieux droit romain; nous allons entendre Pothier et Merlin invoquer la loi des XII Tables en matière de prescription; il est bon de le dire pour qu'une nation généreuse ne continue pas à se faire illusion sur ses lois, et qu'elle ne pousse pas jusqu'à la superstition le culte qu'elle professe pour le code civil.

Le législateur belge s'est montré plus humain que les

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXX, p. 228, n° 252, et les auteurs qui y sont cités. Il faut ajouter Massé, *Droit commercial*, t. II, p. 91, n°s 827-831.

auteurs du code Napoléon : les mineurs étrangers sont en tout assimilés aux mineurs belges et les femmes étrangères aux femmes belges. C'est une dérogation à la théorie des droits civils, et ce ne sera pas la dernière; le nouveau code que l'on prépare effacera de notre législation la distinction entre les droits civils et les droits naturels, comme l'a déjà fait le code italien; ce sera un grand pas vers la communauté de droit qui doit relier toutes les nations. En ce qui concerne l'hypothèque légale, c'est le vœu de la justice et de l'humanité. Les sentiments des peuples modernes ne sont plus ceux qui régnaient du temps de la loi des XII Tables. Aujourd'hui nous voyons un frère dans tout homme et non un ennemi, et notre cœur s'émeut de pitié à la vue de tout être faible, sans que nous songions à demander si celui qui, à raison de sa faiblesse, a droit à notre appui, est indigène ou étranger. A de nouvelles mœurs, il faut de nouvelles lois. Un arrêt récent de la cour de cassation de France a dû invoquer un traité de 1760, en l'interprétant dans un sens favorable qui n'était peut-être pas celui des parties contractantes, pour donner à la femme sarde une hypothèque sur les immeubles de son mari situés en France (1). Ne serait-il pas plus simple et plus généreux d'accorder une hypothèque légale à tous ceux qui ont besoin de protection, quelle que soit leur nationalité?

329. La prescription se lie étroitement à la propriété. On l'a appelée la patronne du genre humain. En effet, si elle n'est pas le fondement de la propriété, elle en est du moins la garantie la plus forte. N'en faut-il pas conclure que la prescription est essentiellement de droit naturel? Cependant il n'y a aucune question dans notre matière sur laquelle il y ait une plus grande variété d'opinions. Pothier dit que la prescription est du droit civil et non du droit naturel ou des gens; il se fonde sur les lois romaines et notamment sur la fameuse loi des XII Tables : *Adversus hostem æterna auctoritas esto.* « Par quelque temps donc qu'un étranger eût possédé une chose, il ne

(1) Cassation, 5 février 1872 (Dalloz, 1873, 1, 76).

pouvait en acquérir par prescription le domaine de propriété. La raison en est que les étrangers ont bien avec les citoyens *communionem juris gentium*, mais ils n'ont point *communionem juris civilis*. C'est pourquoi ils peuvent bien acquérir les biens des citoyens par les manières d'acquérir qui sont du droit des gens, mais ils ne sont pas capables d'acquérir par les manières d'acquérir du droit civil. Par cette raison, les étrangers sont incapables d'acquérir par testament, par succession et par prescription, ces modes d'acquérir étant établis par le droit civil, qui n'appartient qu'aux citoyens. » Pothier ajoute que ces raisons sont applicables en droit français; de sorte que la prescription ne peut pas courir au profit des étrangers tant qu'ils n'ont pas obtenu la qualité de citoyen par la naturalisation (1). Il va sans dire que cette opinion était celle de Cujas.

Est-ce au moins une doctrine certaine? Dans son traité des *Personnes*, Pothier se montre disposé à admettre toute espèce de prescription en faveur des étrangers, et il en donne d'excellentes raisons. La prescription acquisitive a été introduite pour empêcher que le domaine des choses ne fût incertain; or, ce but ne serait pas atteint si la prescription n'avait pas lieu en faveur des étrangers comme en faveur des citoyens. D'ailleurs on peut dire que la prescription, tant extinctive qu'acquisitive, est établie dans un intérêt général; peu importe donc la qualité de ceux qui prescrivent. Pourquoi donc Pothier hésite-t-il? C'est l'autorité des lois romaines qui l'arrête (2). Mais lui-même dit si souvent que le droit romain n'a qu'une autorité de raison en France. Et la loi des XII Tables avait-elle encore une raison d'être au dix-huitième siècle? est-ce que les étrangers étaient encore des ennemis, et, à ce titre, sans droit?

Merlin invoque aussi la loi des XII Tables, et il explique que le mot *hostis* signifiait *étranger*, sans se demander si une loi qui portait jusque dans son langage la marque de la barbarie ancienne, était en harmonie avec

(1) Pothier, *De la prescription*, part. I, ch. II, art. 2.
(2) Pothier, *Traité des Personnes*, part. I, tit. II, sect. 3.

les sentiments et les idées de l'humanité moderne. Puis il cite l'opinion que Pothier émet dans son traité des *Prescriptions*. Merlin la critique, d'abord en ce qui concerne la prescription immémoriale, laquelle, de l'aveu de tout le monde, dérive du droit des gens, et peut, par conséquent, être invoquée par les étrangers. Même par rapport à la prescription ordinaire, il oppose à l'autorité de Pothier l'opinion de l'avocat général Gilbert. Celui-ci commence par mettre en doute toute la théorie traditionnelle : « Est-il vrai, dit-il, que les étrangers ne participent pas au droit civil? » C'était se mettre en opposition avec la doctrine universellement reçue; aussi Gilbert n'insiste-t-il pas sur son doute. Ce qu'il dit de la prescription est très juste. « La prescription est un secours accordé par la loi pour maintenir les contrats du droit des gens, le contrat de vente, par exemple. Si l'étranger peut vendre et acheter aussi bien qu'un naturel français, il doit lui être permis de prescrire pour maintenir la vente. » Quelle est la conclusion de Merlin? Incertaine et contradictoire. Il avoue que si l'on s'en tenait à l'article 11, il faudrait refuser aux étrangers le droit de prescrire. Mais Merlin a varié sur le sens et la portée de cette disposition. Dans l'espèce, il la critique et il la trouve incomplète : c'est ainsi qu'il échappe à la loi plutôt qu'il ne l'interprète (1).

Consultons les auteurs qui ont écrit sur le droit naturel; ils ne sont pas liés par les lois romaines, qu'il leur arrive souvent de combattre. Grotius rapporte la prescription au droit civil; je crois inutile d'exposer ses raisons, il examine la question surtout au point de vue du droit public, et son droit public (2), comme son droit privé est, en réalité, un droit traditionnel. Je ne voudrais pas souscrire à toutes ses décisions; il combat l'opinion de ceux qui enseignaient que les peuples pouvaient toujours revendiquer leur liberté. Nous croyons aujourd'hui, avec l'Assemblée Constituante, que la liberté est imprescriptible, donc elle peut toujours être revendiquée.

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Prescription*, sect. I, § VIII, n° I (t. XXIV, p. 184 et suiv. de l'édition de Bruxelles).
(2) Grotius, *De jure belli et pacis*, lib. II, cap. IV.

Pufendorff pense, au contraire, que la prescription est du droit naturel et des gens. « Il est certain que la propriété des biens ayant été établie pour la paix du genre humain, il s'ensuit qu'on doit, après un certain temps, assurer aux possesseurs de bonne foi un droit incontestable sur ce qu'ils tiennent. Mais de savoir quel est le terme précis qui les met à couvert de toute éviction, c'est ce qui ne paraît déterminé, ni par le droit naturel, ni par le consentement général de tous les peuples (1). » Cela est d'évidence.

Vattel professe une opinion toute singulière; Guichard a raison de la qualifier de curieuse. Il commence par nier que la propriété soit de droit naturel, en ce sens que la nature n'a pas établi elle-même la propriété des biens et en particulier celle des terres; elle approuve seulement cette introduction pour l'avantage du genre humain. Si l'on demandait à Vattel pourquoi la nature n'a pas fait elle-même ce qu'elle approuve dans l'intérêt de l'humanité? Après cela il démontre que la prescription est de droit naturel. Le domaine de propriété une fois établi, il serait absurde de permettre au propriétaire de jeter le trouble dans la société civile; ce qu'il ferait s'il pouvait toujours revendiquer ce qui lui appartient, quand même il aurait, pendant un long espace de temps, négligé d'user de son droit, de sorte que ce droit devait être ignoré des tiers, ou ils ont dû croire que l'ancien maître y renonçait (2). Troplong a emprunté à Vattel cette argumentation, elle n'en vaut pas mieux pour cela. Le propriétaire n'a-t-il pas un droit absolu qui lui permet d'user ou de ne pas user de sa chose? Et s'il a le droit de n'en pas user, comment la loi peut-elle permettre à un tiers de le dépouiller de son droit?

Cette opinion a prévalu, mais si elle n'avait d'autre fondement que les mauvaises raisons de Vattel et d'autres tout aussi mauvaises, il faudrait dire que le droit naturel est un appui peu solide pour y fonder la propriété. On

(1) Pufendorff, *Droit de la nature et des gens*, chap. XII, § 9.
(2) Vattel, *Droit des gens*, II, 11, 141.

peut lire ces arguments dans le *Droit commercial* de Massé (1). J'ai combattu ces banalités dans mes *Principes de droit civil* (2), tout en maintenant la doctrine qui rapporte la prescription au droit naturel et qui, par conséquent, reconnaît ce droit à l'étranger. Je ne puis pas répéter ici ce que j'ai dit ailleurs, puisque ces Etudes forment la suite de mon ouvrage sur le droit civil. Mon but, d'ailleurs, est uniquement de montrer que la doctrine traditionnelle des droits civils est un tissu d'incertitudes et de contradictions.

330. Il y a des actes qui, par leur nature, appartiennent à ce que l'on appelle droit des gens, pour marquer que l'homme peut les faire partout : ce sont les actes de commerce. La raison en est que l'homme ne saurait vivre sans se procurer par le commerce les objets nécessaires à la vie. En effet, qu'entend-on par actes commerciaux? Ce sont, dit Massé, les contrats de vente, d'échange, de louage, de mandat, de dépôt, de société; or, tous ces contrats sont essentiellement du droit naturel ou des gens, parce qu'il n'est pas besoin de loi pour pouvoir acheter les choses dont on a besoin, vendre celles dont on est propriétaire, les échanger ou les louer; engager soi-même ou ses services pour un temps ou pour une chose déterminés; enfin se réunir et former une association particulière au milieu de la grande association pour laquelle l'homme lui-même a été formé (3). C'est très bien raisonner au point de vue de nos idées modernes; est-ce à dire que le commerce ait toujours été considéré comme un droit naturel, appartenant à l'homme comme tel, à l'étranger comme au citoyen? Que le lecteur veuille bien relire les quelques pages que j'ai consacrées à l'antiquité, dans l'histoire du droit civil international qui ouvre ces Etudes, et il se convaincra que l'idée de droit, appartenant à l'homme par sa nature, était inconnue aux peuples les plus civilisés, aux Grecs et aux Romains. La fameuse loi des XII Tables que j'ai citée avait une portée bien

(1) Massé, *Droit commercial*, t. I, p. 403, n° 511 (2e édit.).
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. XXXII, p. 16 et suiv.
(3) Massé, *Droit commercial*, t. I, p. 37, n° 44, et p. 396, n° 503.

plus étendue que celle que lui donnent les légistes français; l'*étranger* était un *ennemi*, et l'ennemi était sans droit, il était de bonne prise, lui et tous ses biens, et ce qui se prenait sur l'ennemi, par la force, était considéré comme la plus légitime des propriétés par le peuple de la *force*, lequel est aussi, par excellence, le peuple du *droit*. Nous voilà loin du droit de commerce; il fallait un traité pour que l'étranger devînt capable des moindres actes de la vie civile : acheter et vendre étaient donc des droits civils dont l'étranger était incapable en l'absence d'une convention internationale. Au sein de cette brillante civilisation des républiques de Grèce et de Rome, il se trouvait des êtres sans droit, les esclaves; et qui peuplait les marchés d'esclaves? Les vaincus et les Barbares. Pour les Barbares, les plus grands philosophes de l'antiquité ne concevaient d'autre loi que celle de la servitude. Ainsi le plus naturel des droits, celui qui consiste à vivre et à se procurer les choses nécessaires à la vie, a commencé par être un droit civil.

331. Le principe que le commerce est de droit naturel n'est plus contesté. Mais les conséquences qui en résultent sont encore bien incertaines, comme tout ce qui tient à la distinction des droits civils et des droits naturels. Il faut avant tout écarter une confusion d'idées que l'on rencontre chez les meilleurs auteurs. Ils confondent la notion des droits civils avec celle du statut personnel. Sans doute, si l'on reconnaît à l'étranger les droits dont jouissent les indigènes, la conséquence en doit être qu'il pourra exercer partout ses droits d'après sa loi personnelle ou nationale. Mais cette conséquence est loin d'être reconnue; la communauté de droit est toujours à l'état d'idéal. Il y a plus : la prémisse nécessaire pour que cet idéal puisse être réalisé n'est pas encore admise à la fin du dix-neuvième siècle. Le code italien est le seul qui consacre l'égalité de droit de l'étranger et du citoyen; partout ailleurs, et notamment dans notre droit français, règne toujours la distinction des droits civils et des droits naturels, les premiers l'apanage exclusif du citoyen, les seconds appartenant à tout homme. Eh bien, cette dis-

tinction remonte, dans ses premières origines, à la fameuse loi des XII Tables, qui confondait l'étranger avec l'ennemi et déniait à l'ennemi tout droit. Dans l'état actuel des choses, il y a donc deux ordres d'idées à distinguer : avant de s'enquérir par quel statut est régi un droit de l'étranger, il faut voir si ce droit lui appartient. Je viens de parler de l'hypothèque et de la prescription. C'étaient naguère des droits civils; partant, l'étranger en était exclu. Dans ce système il n'y avait pas lieu de rechercher par quelle loi l'hypothèque et la prescription étaient régies; le citoyen seul pouvant s'en prévaloir, la loi territoriale recevait seule son application; l'exclusion de l'étranger entraînait l'exclusion de la loi étrangère. C'est depuis que le cercle des droits civils se rétrécit et que, par suite, celui des droits naturels s'étend, que le droit international privé prend une importance tous les jours croissante. Dans l'antiquité, il n'y avait pas de droit civil international parce que l'étranger était sans droit. Notre science est née dans les temps modernes, depuis que les droits civils se transforment en droits naturels; elle n'acquerra tout son développement que lorsqu'il n'y aura plus que des droits naturels.

Je dois m'arrêter un instant à ces notions élémentaires parce qu'il y a encore tant de confusion dans les idées (1). Le commerce est de droit naturel. En faut-il conclure que la qualité de commerçant ou de non-commerçant dépend du droit des gens? Ce n'est pas un droit civil, donc l'étranger en jouit. Et par quelle loi déterminera-t-on les conditions de capacité requises pour exercer le commerce? La capacité est une question de statut; c'est donc le statut personnel de l'étranger qui décidera s'il peut être commerçant. Mais le commerce est aussi d'intérêt social; il se peut donc que la loi personnelle de l'étranger soit en opposition avec une loi territoriale qui domine la loi étrangère. Un noble contracte en France un engagement commercial; peut-il en demander la nullité en invoquant

(1) Voyez, par exemple, Dalloz, *Répertoire*, au mot *Commerçant*, n° 223. Comparez Molinier, *Droit commercial*, t. I, p. 166 et suiv. Fœlix, dans la *Revue étrangère et française*, t. VII, p. 81.

son statut personnel qui lui défend de faire un acte de commerce? D'après le principe que le statut personnel suit l'étranger partout, il faudrait dire que le noble, incapable d'après son statut, est incapable en France, bien que la loi française ne connaisse pas cette incapacité. On écarte le statut, dans l'espèce, parce qu'il est basé sur des motifs politiques. Ce n'est pas là un motif de décider; il faut voir si, dans le droit français, il y a une raison pour écarter le statut de noblesse. L'incapacité du noble étranger tient à un préjugé aristocratique qui jadis régnait partout : c'était déroger que de faire le commerce. Ce préjugé est contraire à une loi essentielle de notre état social : l'égalité des conditions et l'honneur dû à tout travail; donc le statut personnel ne peut pas, dans l'espèce, être opposé par l'étranger à la loi du pays où il a contracté. Mais l'étranger pourrait se prévaloir de ce que, d'après les lois de son pays, il est encore mineur, quoique, d'après la loi française, il fût majeur; ici le statut personnel domine; de sorte que la lettre de change souscrite par un Espagnol âgé de moins de vingt-cinq ans serait nulle, bien qu'il fût âgé de plus de vingt et un ans : il est mineur en vertu de sa loi nationale, bien que, d'après le code civil, il serait majeur.

On rapporte encore au principe qui fait dépendre le commerce du droit des gens d'autres conséquences qui se rattachent plutôt à la matière des statuts. L'étranger commerçant sera soumis en France à la juridiction consulaire. Sans doute; mais ce n'est certes pas parce que cette juridiction dépend du droit des gens; la véritable raison est que tout ce qui concerne la distribution de la justice appartient au droit public et forme, par conséquent, un statut réel qui domine le statut personnel de l'étranger.

Les actes que l'étranger passe en France sont régis par la loi française. Ici l'on peut invoquer le droit des gens en ce sens que la règle *Locus regit actum* est admise partout, et a été reçue pour les besoins du commerce, en prenant ce mot comme synonyme de relations internationales privées. Mais on peut dire aussi, et cela est plus

exact, que l'adage est fondé sur le caractère des formalités dites instrumentaires; aussi s'applique-t-il à tous les actes, même à ceux que l'on a toujours considérés comme appartenant au droit civil proprement dit, tels que les testaments.

On dit encore que les actes passés par l'étranger en France sont régis par la loi française en ce qui concerne les engagements des parties contractantes. J'ai dit ailleurs que ce que l'on appelle la loi du lieu du contrat est une présomption qui sert à interpréter l'intention des parties intéressées; mais ce qui domine dans les contrats, ce n'est pas la loi territoriale, c'est la volonté des parties, puisque cette volonté leur tient lieu de loi (1).

Enfin, on dit que les biens mobiliers des commerçants étrangers sont régis par la loi française. Cela est trop absolu. On applique au commerçant étranger la règle consacrée par le droit traditionnel qui soumet les meubles à la loi du domicile, de sorte que si le commerçant avait son domicile en pays étranger, ses effets mobiliers seraient soumis à la loi étrangère. Les cas que l'on cite comme application de la prétendue règle que l'on pose sont, au contraire, des exceptions. Tels sont les privilèges qui grèvent les meubles; ils sont régis par la loi française, cela est certain, mais quelle en est la raison? Ce n'est pas parce que tous les meubles des commerçants sont soumis à la loi territoriale, c'est parce que les privilèges forment un statut réel et dépendent, par conséquent, de la loi territoriale comme tenant au droit de la société, lequel domine tout droit privé.

332. Le commerçant étranger peut-il être constitué en faillite? ou l'état de faillite est-il un droit civil en ce sens que l'étranger ne peut pas lui-même faire la déclaration qu'il a cessé ses payements, et provoquer sa mise en faillite? Au premier abord, la question paraît étrange : qu'est-ce que le fait de ne pas payer ses dettes a de commun avec la jouissance des droits civils? Ce sont les droits des créanciers qui dominent dans cette matière, et s'il y a

(1) Voyez le tome II, p. 378, nos 209-217.

un droit naturel dans notre ordre d'idées, c'est bien celui de l'obligation du débiteur de payer ses dettes et du droit des créanciers au cas où il ne les paye pas. Cependant la question a été débattue sérieusement devant la cour de cassation de France, et l'on va voir que les motifs de douter ne manquent pas au point de vue de la doctrine traditionnelle des droits civils. Le pourvoi ne contestait pas le droit des tiers créanciers de provoquer la déclaration de faillite de leur débiteur étranger; il reconnaissait que le ministère public était libre de la poursuivre au nom de l'ordre public. Mais, dans l'espèce, les commerçants étrangers avaient eux-mêmes demandé leur mise en faillite. Ce droit est-il un droit naturel? La cour de cassation répond que le code de commerce ne distingue pas, quand il s'agit de la déclaration de faillite, entre les étrangers et les Français. Ce n'est pas là la question; il est sans difficulté que le commerçant qui suspend ses payements peut être constitué en faillite. Il est encore très vrai, comme le dit la cour de cassation, que l'*état de faillite* n'est pas le résultat de l'exercice d'un droit civil soumis à la réciprocité exigée par l'article 11 du code Napoléon; cela n'était pas contesté quand la demande est formée par le ministère public ou par les créanciers. La faillite, dit la cour, n'est que la conséquence de la cessation de payements; or, la loi ordonne la constatation judiciaire de ce fait dans un intérêt d'ordre public. Ici est le siége de la difficulté. Qui peut poursuivre la déclaration de faillite? La loi impose au commerçant failli lui-même l'obligation de constater qu'il a cessé ses payements; cette obligation implique évidemment le droit de déclarer ce fait. Si le commerçant ne remplit pas son devoir, la loi lui inflige une peine; elle prononce encore des peines contre le failli à raison de certains actes consommés pendant sa gestion commerciale. La cour de cassation en conclut que la nécessité de déclarer la faillite a les caractères d'une *loi de police* obligeant tous ceux qui habitent le territoire (C. Nap., art. 3). Cela peut se soutenir, mais il faut avouer que c'est donner à l'expression de *loi de police* une signification que les termes n'ont point. Les peines

étaient hors de cause, cela regarde le ministère public; il s'agissait de savoir si le commerçant étranger peut provoquer une déclaration de faillite dans son intérêt. La faillite produit en faveur du failli des effets exorbitants du droit commun; la faillite est régulièrement suivie d'un concordat; or, cette convention déroge à un principe fondamental du droit, elle rompt les contrats intervenus entre le failli et ses créanciers; il est vrai que la majorité y consent, mais, par contre, la minorité y résiste et elle subit une loi qui altère celle que les parties s'étaient faite. Conçoit-on qu'un étranger, en se mettant en faillite, ait le pouvoir de réduire les droits de ses créanciers à un tiers ou à un quart de ce qui leur est dû? En tout cas, la théorie des droits naturels ne donne pas la solution de la difficulté; pour la résoudre, la cour de cassation a été obligée de recourir à une interprétation forcée de l'article 3 du code civil.

333. Des questions plus difficiles se sont présentées devant la cour de cassation. Les étrangers qui font le commerce en France jouissent-ils des mêmes droits et de la même protection que les lois accordent aux naturels du pays? Si l'on appliquait, à la rigueur, la distinction des droits civils et des droits naturels, la négative serait à peu près certaine. Le législateur doit-il sa protection à des étrangers? On conçoit qu'il la leur accorde, mais alors ce sont des faveurs spéciales pour lesquelles il faudrait des lois spéciales. Sous l'ancien régime, les rois prodiguaient les priviléges aux marchands étrangers pour les engager à venir visiter les foires; ils les exemptaient du droit d'aubaine, ils leur offraient des lettres de naturalité; le code Napoléon lui-même exempte l'étranger commerçant, qui intente un procès, de l'obligation de fournir caution, qui incombe à tout étranger demandeur. Mais peut-on, de plein droit, et sans déclaration de la loi, assimiler les étrangers aux nationaux? N'est-ce pas renier le principe des droits civils? La cour de cassation l'a fait. « Il est de principe constant, dit-elle, que les étrangers ont le droit d'exercer des actes de commerce sur tous les points du territoire français. » De là la cour conclut que

les étrangers jouissent, en tout ce qui concerne les faits de commerce, de la même *liberté* et ont droit à la même *protection* que les nationaux. » La *liberté*, soit; c'est le droit commun; mais la *protection* est plus que la liberté : ne refuse-t-on pas, en vertu de la théorie des droits civils, à des incapables, mineurs et femmes mariées, la *protection* que les lois assurent aux Français incapables? C'est bien là l'esprit étroit, haineux du droit traditionnel? Pourquoi la cour de cassation, qui refuse la protection à des orphelins, l'accorde-t-elle aux commerçants? On dira que l'intérêt général le demande; mais l'humanité n'est-elle pas aussi un intérêt général? Toujours des contradictions et des inconséquences.

Dans l'espèce, il s'agissait d'une clause écrite dans un cahier des charges d'une compagnie de chemin de fer. Il est interdit aux compagnies d'exercer le commerce; au mépris de ces défenses, la Compagnie de l'Est faisait le commerce des charbons de terre qu'elle achetait à l'état de tout-venant aux mines de Sarrebrück; ce trafic était considérable, il s'élevait, par an, à près de 5,000 tonnes. Les marchands de houille portèrent plainte et, parmi eux, des étrangers. On leur opposa une fin de non-recevoir : c'est que le droit qu'ils prétendaient exercer était un droit civil dont ils étaient exclus en l'absence d'un traité de réciprocité. La cour de cassation répond que les compagnies ont été créées non seulement dans l'intérêt du commerce français, mais du commerce en général; que dès lors leurs cahiers des charges et les stipulations qu'ils contiennent ne sauraient se concilier avec la distinction des étrangers et des nationaux. La cour en conclut que les commerçants étrangers avaient le droit de porter devant les tribunaux une action en dommages-intérêts, à raison de l'inexécution, par la Compagnie, de l'une des clauses de son cahier des charges. L'argumentation est excellente en théorie, et d'après les vrais principes, et ici le droit est en harmonie avec l'intérêt de la société. Mais si l'on était resté attaché à la tradition et aux vieux préjugés, la solution aurait été tout autre. Ne serait-il pas plus simple de répudier l'héritage du

passé et de laisser là la distinction des droits civils et des droits naturels qui fait naître, à chaque pas, de nouvelle difficultés?

Une question analogue se présenta pour une autre clause du cahier des charges des compagnies de chemin de fer. La loi française du 15 juillet 1845 (art. 14) défend aux compagnies de faire directement ou indirectement avec les entrepreneurs de transport de voyageurs ou de marchandises, par terre ou par eau, des arrangements qui ne seraient pas consentis en faveur de toutes les entreprises desservant les mêmes communications. La Compagnie des chemins de fer du Midi contrevint à cette clause insérée dans son cahier des charges. De là une action en dommages-intérêts à laquelle la Compagnie opposa comme fin de non-recevoir l'extranéité des demandeurs. La cour de Bordeaux admit l'exception; sa décision a été cassée. La chambre civile, comme dans l'espèce précédente la chambre des requêtes, remonte au principe de la prohibition que la loi de 1845 impose aux compagnies. Les compagnies de chemin de fer ont été fondées uniquement pour l'exploitation des transports; l'Etat, en leur concédant le monopole de la voie ferrée avec des priviléges et des immunités considérables, a voulu aider au développement industriel et commercial par une plus grande rapidité dans les échanges et une réduction du prix dans les transports : mais l'Etat n'a pas pu leur permettre d'user de tous ces avantages pour faire directement ou indirectement un commerce de nature à compromettre des intérêts que les compagnies ont, au contraire, pour mission et pour but de favoriser. Tel est aussi l'objet de l'article 14 que la Compagnie du Midi avait violé. Vainement voulait-elle écarter l'action en dommages-intérêts par une fin de non-recevoir fondée sur la qualité d'étrangers des demandeurs. Ce n'est pas une question de personnes, ni par conséquent de droits civils. Il ne s'agit point de l'intérêt de la compagnie ni de l'intérêt des entrepreneurs, la loi consacre une conséquence du principe qui établit, pour tous ceux qui font usage du chemin de fer, un même tarif et des droits égaux; par suite de cette égalité de droits

et de tarifs, la loi a dû repousser toutes conventions spéciales ou de faveur individuelle qui seraient de nature à porter préjudice au commerce en général en empêchant une utile concurrence. Cette disposition ayant en vue l'intérêt public commercial, toute infraction qui y est commise constitue une contravention, et par suite permet aux parties intéressées de demander la réparation du dommage qu'elles en éprouvent. Il n'y avait aucune raison de faire une *exception* à l'égard des étrangers; la liberté du commerce, qui est une règle du droit des gens, leur garantit en France la protection des lois dont le but est d'activer le mouvement des affaires commerciales. Les compagnies de chemin de fer sont, par l'essence de leur établissement, obligées de donner accès à tous, tant pour leur personne que pour leurs marchandises, sans distinction de nationalité, à des conditions semblables pour tous, et avec perception des mêmes droits et des mêmes tarifs; elles ne peuvent donc pas, par des arrangements particuliers et exceptionnels, contraires à leurs statuts, faire perdre aux étrangers le bénéfice qu'ils tiennent de la loi et de la protection accordée à leur commerce en même temps qu'au commerce français : ceux-ci peuvent, par conséquent, demander la réparation du préjudice que de pareilles mesures leur causent (1).

On voit que la cour part du principe que la *protection égale* des *étrangers* et des *nationaux* forme le *droit commun :* elle considère comme une *exception* la disposition qui leur refuserait l'égalité. Est-ce bien là l'esprit de l'article 11? Non certes. Les idées et les sentiments ont dépassé la législation de 1803. Pourquoi ne pas consacrer ce progrès dans la loi? C'est la mission du pouvoir législatif. Il est bon de respecter le code civil et de l'admirer, mais on ne doit avoir de culte que pour la vérité; la superstition, si elle le pouvait, éterniserait l'erreur.

334. La jurisprudence française pose en principe que l'étranger et l'indigène ont droit à une protection égale. En théorie, cela n'est pas douteux. L'étranger n'est plus

(1) Cassation, 3 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 1, 347).

un ennemi, c'est un frère; s'il y avait une différence à établir entre lui et les naturels du pays où il est dans le cas d'invoquer la protection des lois, il faudrait dire que la loi doit une plus grande protection à celui qui est le plus faible. C'est ce que faisait l'ancienne législation des peuples slaves, comme je l'ai dit dans la partie générale de ces Etudes (1). La cour de cassation de France ne cite aucun texte à l'appui de l'égalité qu'elle reconnaît à l'étranger. Je ne connais que l'article 3 du code Napoléon aux termes duquel « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ». Cette obligation est fondée sur la protection égale dont jouissent les étrangers et les nationaux, en ce qui concerne leurs personnes et leurs biens; mais le code civil a surtout en vue les lois générales qui protégent tous ceux qui sont victimes d'un délit. Du reste, le code civil, tel qu'on l'interprète en France, prouve lui-même que les étrangers sont loin d'être assimilés aux Français pour la protection de leurs droits privés. La jurisprudence et la doctrine ne reconnaissent pas aux étrangers le droit de porter leurs actions devant les tribunaux de France; c'est cependant là la nécessité la plus grande où puisse se trouver un étranger, de demander justice, et le devoir de la rendre devrait être la première obligation de tout Etat. J'y reviendrai. Le législateur belge a comblé la lacune, et le législateur français devra se hâter d'en faire autant; sinon ce sera une dérision que de glorifier son humanité et son hospitalité.

La Constitution belge a proclamé le principe de l'égalité, que l'on cherche vainement dans les lois françaises; l'article 128 porte : « Tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi. » Ces exceptions concernent l'extradition et l'expulsion de l'étranger. L'extradition de l'étranger accusé d'un crime n'est pas, à vrai dire, une exception à la protection que la Constitution accorde à l'étranger; c'est, au contraire, une protection que la loi assure au

1) Voyez le tome II de ces Etudes, p. 53, n° 28.

maintien de l'ordre social, qui exige la punition des criminels : comme l'a dit M. Ernst, le rapporteur de la loi de 1835, punir ceux qui troublent l'ordre public, c'est veiller à la tranquillité des honnêtes gens. Aussi le principe de l'extradition est-il universellement admis; les traités qui le consacrent sont un pas vers la réalisation de la communauté de droit et partant de justice, qui est l'idéal de notre science. L'expulsion des étrangers est plus difficile à justifier. La doctrine l'admet et elle est universellement pratiquée; mais dans son application elle prête à l'arbitraire, ce qui est toujours un mal. La loi belge du 22 septembre 1835 a cherché à limiter l'arbitraire en disposant que le gouvernement peut expulser l'étranger résidant en Belgique « qui, par sa conduite, compromet la tranquillité publique ». Mais qui est juge de ce fait? Le gouvernement, sous la garantie de la responsabilité ministérielle. Ne pourrait-on pas dire que troubler la tranquillité publique est un délit, et que les tribunaux seuls sont compétents pour le réprimer? Sans doute l'étranger qui trouble la tranquillité publique du pays où il réside se rend indigne de l'hospitalité qui lui a été accordée, et il mérite d'être exclu du pays dont il viole les lois; mais ne serait-il pas plus régulier que le délit fût constaté et l'exclusion prononcée par les tribunaux? Je me borne à poser ces questions, la matière de l'extradition et de l'expulsion n'entrant pas dans le cadre de mes Etudes.

335. La jurisprudence des cours de Belgique a fait des applications intéressantes des principes établis par la Constitution. Un descendant de Gustave-Adolphe III, roi de Suède, se trouvait en Belgique, orphelin et sans appui; son père avait été exclu du trône et sa famille bannie. Le père mourut en Suisse, il avait résidé en dernier lieu à Spa. Le juge de paix de cette ville réunit un conseil de famille, composé de personnes qui avaient eu des rapports d'amitié avec Gustave-Adolphe IV; un banquier prussien d'Aix-la-Chapelle fut nommé tuteur. La légalité de cette nomination fut contestée; le tribunal de Verviers et, sur appel, la cour de Liége, se prononcèrent pour la validité.

Je dirai plus loin que la doctrine et la jurisprudence française admettent qu'un étranger ne peut pas être tuteur, ni membre d'un conseil de famille. La cour de Liége constate d'abord que, lors du décès du père, le mineur se trouvait sans protecteur légal, sans parents connus; que, dans cet état de choses, il était nécessaire de lui donner un tuteur et un subrogé tuteur, afin de le faire jouir de la protection que l'article 128 de la Constitution accorde aux étrangers. Puis la cour décide que le conseil de famille était légalement composé : il ne paraît pas qu'un étranger y eût été convoqué, et quand même il y aurait eu un étranger, cette circonstance, dit l'arrêt, n'aurait pas vicié les résolutions du conseil. En effet, le droit d'être membre d'un conseil de famille, comme aussi celui d'être nommé tuteur, sont des droits d'une nature particulière, qui dérivent autant de la famille que du droit civil; l'article 442 du code Napoléon le prouve, puisque, en énumérant les causes qui rendent incapable d'être tuteur ou membre d'un conseil de famille, il n'y comprend pas l'extranéité. Le législateur s'en est rapporté à la sagesse des conseils de famille en ce qui regarde le choix du tuteur; il se peut, et dans l'espèce il en était ainsi, qu'à raison de la situation personnelle du mineur, des relations qu'il a dans les pays étrangers, des biens qu'il y possède, la nomination d'un tuteur étranger soit entièrement dans l'intérêt de l'orphelin (1). Et l'intérêt du mineur n'est-il pas la considération décisive dans ce débat? C'est bien de son droit qu'il s'agit, et non des droits du tuteur, lequel n'a que des obligations. Le droit du mineur, c'est d'avoir un tuteur qui le connaisse, qui l'aime et qui, à ce titre, soit digne de remplacer le père : et l'on veut que le conseil de famille choisisse un indigène qui ne connaît pas son pupille, de préférence à un étranger, qui seul a eu des relations intimes avec le père? Si tel est le système français, ce dont je doute, il est certain que ce n'est pas le système belge; l'article 128 de la Constitution assure la protection de la loi à tout étranger; cette

(1) Liége, 22 juin 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 167).

protection ne doit pas être un vain mot, et pour qu'elle soit réelle en ce qui concerne le mineur, il faut que son droit l'emporte sur toute autre considération.

336. La cour de Bruxelles a consacré la même doctrine en ce qui concerne la protection due aux biens. Dans l'espèce, on prétendait qu'un étranger ne pouvait pas demander qu'un jugement rendu en pays étranger fût déclaré exécutoire par un tribunal belge. La cour part du principe que la loi, en permettant l'exécution des jugements étrangers, sous les conditions qu'elle détermine, ne fait pas de différence entre les parties intéressées, quant à leur nationalité; les étrangers et les Belges sont donc placés sur la même ligne. D'après notre Constitution, cela ne fait plus de doute, puisqu'elle assure une égale protection aux uns et aux autres; or, la faculté d'obtenir l'exécution d'un jugement est une de ces mesures qui protégent les droits individuels et qui, par conséquent, peuvent être invoquées par toute personne. On objectait que le droit de demander l'exécution des jugements étrangers est un droit civil, que l'étranger ne peut pas exercer; la Constitution belge, disait-on, n'a pas entendu abroger le code Napoléon, ni l'incapacité dont il frappe les étrangers. La cour de Liége répond que la demande d'exécution, tendante à conserver des droits certains et juridiquement constatés, appartient par sa nature au droit des gens. Je citerai plus loin un arrêt de la cour de Bruxelles qui dit en principe que la justice est un droit universel, et il n'y en a pas qui soit plus évidemment fondé sur la nature des sociétés civiles, puisqu'elles ne se conçoivent pas sans la distribution de la justice. Mais telle est l'incertitude légale en ces matières, que la cour, après avoir affirmé que le droit, objet du litige, était un droit naturel, ajoute une considération qui implique un doute, et qui détruit même la proposition que la cour venait de formuler. En supposant, dit-elle, que l'on puisse considérer comme un droit civil la faculté de demander l'exécution d'un jugement étranger, il faudrait admettre que l'article 548 du code de procédure a accordé ce droit à toute personne, puisqu'il ne distingue pas entre les nationaux et

entre les nationaux et les étrangers (1). Cette argumentation, que l'on rencontre souvent dans la jurisprudence, n'est rien moins que solide. Le législateur n'a pas besoin de distinguer entre les étrangers et les naturels du pays, alors qu'il consacre un droit civil proprement dit; l'article 11 du code Napoléon suffit pour que le juge doive refuser la jouissance de tout droit civil à l'étranger; il n'est pas nécessaire que la loi déclare que tel droit est civil et n'appartient qu'aux indigènes. Le législateur français n'a pas procédé ainsi; il abandonne l'appréciation au juge. Ainsi le code ne dit pas que l'adoption est un droit civil; cependant, tout le monde l'admet, comme je vais le dire. Toujours est-il qu'il en résulte une incertitude extrême; le code n'ayant pas défini les droits civils, on ne sait jamais, dans le silence de la loi, si un droit est civil ou naturel.

337. L'article 1382 du code Napoléon porte : « Tout fait quelconque de l'*homme*, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. » Comme le droit est corrélatif à l'obligation, il faut dire aussi que tout *homme* lésé par un fait dommageable a le droit d'en demander la réparation. Ici le mot *homme* est significatif : ce n'est pas la qualité de citoyen qui impose l'obligation de réparer le dommage, et qui donne l'action en dommages-intérêts; la loi ne considère que le dommage causé, elle fait abstraction de la personne qui le cause et de celle qui est lésée. La raison en est qu'il s'agit d'un délit civil ou d'un quasi-délit; or, ces faits constituent un trouble de l'ordre public, un danger pour la vie des personnes et pour la sûreté des biens. Dès lors, on se trouve dans l'esprit de l'article 3 du code Napoléon; l'étranger est soumis à l'obligation formulée par l'article 1382, et il a aussi le droit qui en résulte (2). Cela est d'une telle évidence, qu'il ne vaudrait pas la peine de le dire, mais, en cette matière, l'évidence même devient incertaine. Il a été jugé que la faculté, pour la personne

(1) Bruxelles, 22 mars 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 109).
(2) Bruxelles 11 juillet, 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 327).

citée dans un journal, d'y faire insérer une réponse en vertu de la loi du 21 juillet 1831 (art. 13) est un droit essentiellement civil, réservé aux Belges; « que ni le droit des gens, ni le droit naturel, ni aucun usage se rapportant à cette matière, ne permettent d'accorder semblable faculté aux étrangers (1) ». A mon avis, l'opinion contraire est, je n'ose pas dire évidente, mais conforme aux articles 3 et 1382 du code civil, et à l'article 128 de la Constitution belge. Le code Napoléon garantit implicitement aux étrangers la position résultant des lois de *police* et de *sûreté*; or, la loi qui oblige l'éditeur d'un journal à y insérer une réponse à l'attaque quelconque dont il a été l'objet est une loi de *police* et de *sûreté*. Qu'importe que ce droit soit établi par une loi? Tous les droits, les plus naturels, sont consacrés par la loi; il faudrait donc dire que tous les droits sont civils, ce qui est absurde. Dans l'espèce, il s'agit d'une pénalité civile; c'est une sanction, ajoutée à celle que l'article 1382 établit pour la lésion d'un droit. Je puis demander, quoique étranger, des dommages-intérêts contre un journal qui m'outrage et me calomnie (2). L'insertion de la réponse que je fais à ces méchantes attaques est aussi une sanction; comment se ferait-il que la sanction d'une seule et même faculté serait tout ensemble un droit civil et un droit naturel? En Belgique, on doit dire que le droit de l'étranger à une réparation, en cas de fait dommageable, est un droit constitutionnel : l'article 128 assure la même protection à la personne lésée, qu'elle soit étrangère ou Belge, à moins qu'il n'y ait une *exception* dans la loi; et quelle est la loi qui fait *exception* au droit de l'étranger lésé par un fait dommageable? Ce n'est certes pas la loi de 1831, puisqu'elle ne parle ni de Belges ni d'étrangers.

338. Le code de procédure (art. 126) permet au créancier de recouvrer les dommages-intérêts auxquels le débiteur a été condamné par la voie de la contrainte

(1) Ordonnance de référé du président du tribunal de Charleroi, du 6 avril 1878 (*Pasicrisie*, 1878. 3. 214).

(2) Bruxelles, 9 août 1856 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 149), et 4 février 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 145).

par corps. Avant l'abolition de la contrainte par corps, la question s'est présentée de savoir si l'étranger pouvait exercer ce droit; elle a été vivement débattue devant la cour de Gand. La cour a décidé que l'étranger ayant le droit de contracter et de poursuivre l'exécution des engagements du débiteur, a, par cela même, le droit d'user des voies de contrainte que la loi accorde à tout créancier (1). La conséquence pourrait être contestée. Il est inutile d'entrer dans ce débat, puisque la contrainte par corps est abolie en matière civile et commerciale. Toutefois, la loi du 27 juillet 1871 permet aux tribunaux de la prononcer pour dommages-intérêts résultant d'un délit criminel ou d'un délit civil. L'étranger pourrait-il se prévaloir de ce mode d'exécution? Ici l'affirmative ne me paraît pas douteuse. Si l'emprisonnement pour dettes a été maintenu quand le débiteur lèse les droits du créancier méchamment et de mauvaise foi, c'est que cette voie d'exécution sera le plus souvent la seule que le créancier puisse employer; c'est donc une mesure de protection et de police, et il est de principe que si l'étranger est soumis aux lois de police, il profite aussi du bénéfice de ces lois.

339. La protection due à l'étranger a donné lieu à des débats plus importants. Dans les États modernes, les nationaux trouvent un appui dans le gouvernement dont ils sont les sujets, partout où ils résident. C'est une noble idée, à laquelle doivent applaudir tous ceux qui prennent à cœur l'idéal de notre science, la communauté de droit et de justice entre les nations. Pour que la justice règne sur la terre, il faut que l'homme trouve partout un recours contre la lésion de ses droits. D'ordinaire, le cours régulier de la justice suffit pour garantir les droits des individus: mais cette garantie devient illusoire quand, à raison de la nature du fait dommageable, la personne lésée ne peut pas recourir aux tribunaux. Le débat est, dans ce cas, du domaine de la politique. Les négociations

(1) Gand, 27 mai 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 330). Dans le même sens, Bruxelles, 9 août 1856 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 149).

diplomatiques prennent la place de la justice ordinaire, et si celles-là n'aboutissent point, il ne reste que le recours aux armes. L'Angleterre n'a pas reculé devant cette extrémité quand il s'est agi de protéger les personnes et les propriétés de ses nationaux. Il faut encore applaudir à ces sacrifices sanglants : la guerre est un mal, mais il y a un plus grand mal que les horreurs de la guerre, c'est la violation du droit. Toutefois, il y a un danger dans le recours à la force. On comprend l'exécution forcée des jugements, parce qu'il y a une décision du juge, qui est partout considérée comme l'expression de la vérité. Dans les débats internationaux, il n'y a point de tribunal qui rende la justice ; l'Etat prend parti pour ses nationaux, l'Etat juge et exécute. Le danger de l'abus est certain et les faits attestent les abus.

340. En 1850, une escadre anglaise se rendit à Naples pour appuyer, auprès du roi des Deux-Siciles, une demande d'indemnités présentée par le ministre d'Angleterre en faveur des sujets britanniques qui avaient éprouvé des pertes par le bombardement de Messine. Quand une escadre vient demander une réparation, il ne s'agit plus de justice : c'est la force qui parle, et quand le plaignant est le plus fort, que devient le droit du défendeur ? Presque en même temps, le ministre d'Angleterre à Florence présentait au grand-duc de Toscane une réclamation analogue, motivée par les dégâts que la prise de Livourne avait causés à des marchands anglais. Ces réclamations étaient-elles fondées ? Les pertes dont se plaignaient les Anglais étaient occasionnées par les mesures de répression auxquelles les gouvernements italiens avaient dû recourir pour dompter les insurrections, prélude de l'affranchissement de l'Italie. C'étaient régulièrement les troupes autrichiennes qui comprimaient les révolutions sans cesse renaissantes. Il est certain que les Anglais lésés n'auraient pas eu d'action en dommages-intérêts, puisque les révolutions et les guerres sont des cas de force majeure, laquelle retombe sur ceux qui en souffrent, sans qu'ils aient droit à une réparation. Vainement les parties lésées disaient-elles que les insurgés étaient dans leur

droit, et que les vrais coupables étaient les gouvernements italiens et l'Autriche. Telle pourra bien être la décision au tribunal de l'histoire ; mais les tribunaux ordinaires ne sauraient accueillir une pareille accusation, car ils n'ont pas le droit de juger les princes. Et là où une action judiciaire serait impossible, la diplomatie armée a-t-elle le droit d'intervenir? Oui, s'il y avait eu des attentats exceptionnels, mais quand tout se passe d'après les lois ordinaires de la guerre, il ne reste aux particuliers qu'à subir les conséquences des révolutions, comme ils subissent les suites de la guerre.

Le grand-duc invoqua l'appui de la cour de Vienne et réclama l'arbitrage de la Russie. Voici ce que répondit le prince Schwartzenberg : « Quelque portés que soient les peuples d'Europe à étendre l'hospitalité, ils n'iront jamais jusqu'à accorder aux étrangers un traitement plus favorable que celui que les lois du pays assurent aux nationaux. Le premier droit de tout Etat est de se conserver. Si un souverain, usant de ce droit, se voit obligé d'avoir recours aux armes pour étouffer une révolte ouverte et que, dans la guerre civile qui en résulte, la propriété des étrangers établis dans le pays est lésée, c'est un malheur public que les étrangers doivent subir aussi bien que les nationaux, et qui ne leur donne pas plus de droit à une indemnité que s'ils éprouvaient tout autre dommage que tous doivent supporter. »

La Russie refusa de servir d'arbitre, parce qu'elle n'admettait pas le principe des réclamations de la Grande-Bretagne. Le comte de Nesselrode adressa une dépêche en ce sens au cabinet de Londres. « D'après les règles du droit public, dit le ministre, on ne saurait admettre qu'un souverain forcé d'attaquer une ville occupée par les insurgés, soit tenu d'indemniser les étrangers qui ont souffert quelque dommage de l'assaut ou du bombardement. Celui qui s'établit dans un pays accepte la chance de tous les périls auxquels ce pays est exposé. Dans le système du gouvernement britannique, les Anglais jouiraient d'une position privilégiée que les naturels du pays n'ont point. Il en résulterait, pour les Etats dans lesquels

les Anglais s'établissent, une situation intolérable. Ils ne pourraient réprimer une insurrection sans être responsables du dommage causé aux sujets anglais, ce qui les frapperait d'impuissance ou entraverait leurs moyens d'action. Si, usant de leur droit, ils se voyaient exposés à des réclamations appuyées par une flotte anglaise, il ne leur resterait qu'à refuser l'hospitalité aux Anglais qui voudraient s'établir chez eux, ou de les soumettre à des conditions de résidence et de propriété qui les missent à l'abri de toute réclamation. »

341. Les prétentions de l'Angleterre étaient réellement inadmissibles. Elle le reconnut elle-même dans un conflit qui s'éleva entre les Etats-Unis et des marchands anglais établis à Greytown. Le gouvernement américain avait cru devoir bombarder cette ville qui, disait-il, n'était qu'un refuge de maraudeurs, trop dangereux pour demeurer impunis. Les Anglais qui y étaient établis ne manquèrent point de réclamer. Lord Palmerston refusa de prendre parti pour eux. « Il nous est permis de penser, dit-il, que le bombardement de la ville n'était pas justifié par les raisons que le cabinet de Washington allègue. Mais nous n'avons pas le droit de juger des motifs qui ont déterminé un autre Etat à venger les torts faits à ses sujets. Et une fois les actes d'hostilité reconnus nécessaires par l'Etat qui les commet, il est de principe que les habitants appartenant à d'autres Etats, qui se trouvent dans la ville bombardée, n'ont aucune réclamation à faire contre le gouvernement qui a exercé les hostilités. Ainsi, nous avons jugé nécessaire de détruire Sébastopol. Il pouvait se trouver dans cette ville des Allemands, des Italiens, des Américains; aucun d'eux n'aurait pu élever des réclamations contre l'Angleterre et la France pour obtenir une indemnité des pertes essuyées par suite des hostilités. Ceux qui vont s'établir dans un pays étranger doivent courir les chances auxquelles il est exposé; en cas de guerre ils peuvent s'adresser au gouvernement du territoire où ils résident; mais ils ne peuvent, à coup sûr, rien demander à l'Etat qui commet des hostilités qu'il avait le droit de commettre. »

Lord Palmerston ajoute qu'il a consulté les légistes de la couronne, et que, de leur avis conforme, le gouvernement de la reine s'est décidé à ne pas demander une indemnité pour ceux de ses sujets qui avaient souffert des pertes par le bombardement de Greytown.

342. Pour compléter cet exposé de faits que j'emprunte à Lawrence (1), je citerai une note de Canning à l'occasion de l'emprisonnement que subit en 1825, en France, Bowring, depuis sir John Bowring, ministre plénipotentiaire en Chine. Il voyageait en simple particulier lorsqu'il fut arrêté, mis en prison, et enfin remis en liberté, sans qu'on lui eût fait aucun procès; le prétexte de son arrestation était qu'on l'accusait d'avoir introduit illégalement des lettres en France; il paraît que la cause véritable de ces mesures de rigueur était que Bowring professait des sentiments hostiles au gouvernement des Bourbons. Canning chargea le ministre anglais à Paris de veiller attentivement à cette affaire, afin que Bowring fût traité avec la justice la plus exacte au point de vue de la législation française. Pour s'excuser de n'avoir pu faire davantage, Canning dit que tout individu qui entre volontairement dans un pays étranger s'oblige à se soumettre temporairement aux lois de ce pays; quelque opposées que soient ces lois à ses idées de liberté civile et au droit public de sa patrie, il n'a pas le droit de se plaindre si on lui applique ces lois, pourvu qu'on ne le soumette pas à des rigueurs exceptionnelles. Tout ce que le gouvernement britannique pouvait faire pour Bowring, c'était de demander que les lois, non pas celles d'Angleterre, mais celles de France, lui fussent appliquées avec la plus parfaite impartialité.

N° 2. DES DROITS CIVILS DONT L'ÉTRANGER NE JOUIT PAS D'APRÈS LE CODE NAPOLÉON.

343. Qu'entend-on par les droits *civils* dont l'étranger ne jouit en France, d'après l'article 11 du code Napoléon, que sous la condition de réciprocité constatée par un

(1) Lawrence, *Commentaire* sur Wheaton, t. III, p. 128-137.

traité? J'ai dit qu'il était impossible de les définir; pour le prouver, je n'ai qu'à transcrire les définitions que l'on a essayé de donner. Zachariæ, un de nos meilleurs auteurs, dit qu'il faut ranger dans la catégorie des droits *civils* « tous ceux qui, d'après les principes du droit philosophique, n'existent pas pour l'homme qui vivrait *dans un état extra-social* et ne trouvent leur fondement que dans la législation positive (1). » Qu'est-ce que cet *état extra-social* où il faut se placer pour déterminer ce que c'est qu'un droit civil? Une hypothèse imaginaire, disons mieux, impossible : l'homme est un être sociable comme il est un être doué de raison et de conscience. Que dirait-on d'une philosophie qui commencerait par supposer que l'homme aurait vécu dans un état animal, sans raison, sans conscience? Autant vaut imaginer qu'il ait vécu en dehors de l'état de société. Et comment une supposition absurde pourrait-elle nous apprendre quels sont, dans un état contre nature, les droits que la nature donne à l'homme? Ce sont des théories d'école que l'on ferait bien d'abandonner à la scolastique. Ecoutons la jurisprudence qui a, au moins, un avantage, c'est de s'inspirer de la vie réelle. On lit dans un arrêt de la cour de cassation : « Les engagements qui dérivent du *droit des gens* sont ceux qui existeraient par la *nécessité des choses*, quand même la loi n'en aurait pas déterminé la forme et qui, d'ailleurs, sont admis par toutes les *nations civilisées*, tels que le droit de vendre, d'acheter, d'échanger, de prêter. Ceux qui dérivent du droit civil sont, au contraire, des droits dont on ne peut concevoir l'existence sans que la loi civile en ait accordé la faculté. » Si l'on appliquait cette définition au droit de disposer et de recevoir à titre gratuit, il faudrait dire que c'est un droit naturel, car il se trouve chez toutes les nations civilisées, et on peut dire qu'il est fondé sur la nécessité des choses, car sans le droit de disposer, il n'y a plus de propriété, et personne ne contestera que la propriété ne soit le fondement nécessaire de notre ordre civil (2).

(1) Zachariæ, *Cours de droit français*, t. I, § 76.
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, p. 530, n° 422.

Ces définitions ne servent qu'à une chose, c'est à prouver que la distinction traditionnelle des droits civils et des droits naturels est fausse. En exposant la doctrine des droits naturels, j'ai dit que l'on pourrait tout aussi bien les qualifier de droits civils. Je vais citer les droits que l'on qualifie de *civils*, et l'on peut dire aussi que ce sont des droits naturels. La conclusion sera qu'il faut abandonner la tradition, laquelle avait son fondement dans un ordre de choses qui n'est plus le nôtre : la séparation hostile des cités et des peuples, l'étranger ennemi et exclu de tout droit en l'absence d'un traité remplaçant l'état de guerre par l'état de paix. Pour un nouvel état social, il faut de nouvelles lois. Si je parviens à ruiner la distinction traditionnelle en entrant dans le détail des prétendus droits civils dont on exclut l'étranger, on me pardonnera d'avoir consacré tant de pages à ce qui, en théorie, est une vérité évidente ; mais il faut que la théorie pénètre dans les lois ; et malgré dix-neuf siècles de christianisme et de philosophie, notre législation porte encore l'empreinte de la loi des XII Tables. C'est aussi pour notre science une question vitale : sans l'égalité de l'étranger et de l'indigène, le droit civil international n'a pas de base, il n'existe point.

344. Il y a un droit que l'on s'accorde à rapporter au droit civil, c'est l'adoption. Merlin le prouve avec ce luxe d'arguments qu'il aime à déployer quand il veut donner à une proposition le caractère de l'évidence. L'adoption est une fiction de la loi ; elle établit entre l'adoptant et l'adopté des rapports analogues à ceux qui résultent de la filiation ; voilà pourquoi l'acte doit être transcrit sur les registres de l'état civil. J'arrête le grand jurisconsulte à son point de départ. Est-il vrai que l'adoption crée une filiation civile, une parenté fictive? C'était le système de Napoléon ; il croyait à la toute-puissance de la loi, et il voulait que les liens de l'adoption fussent aussi forts que ceux de la nature. Cette opinion n'a pas prévalu. Napoléon lui-même critiqua la théorie du code en disant que l'adoption n'était rien que l'institution d'un héritier par contrat. Je crois avec Merlin et la jurisprudence que

l'adoption doit être rangée parmi les contrats de droit civil dans l'esprit de la tradition (1), mais je dis que cette tradition repose sur une fausse base. Et, dans l'espèce, j'ai pour garant une autorité considérable, celle de l'excellent jurisconsulte napolitain Rocco : j'ai fait connaître sa doctrine (n° 285), en la critiquant; car, chose singulière, on peut, en cette matière, critiquer ce que l'on approuve et approuver ce que l'on critique, sans contradiction aucune, parce que la matière même est remplie de contradictions. Rocco a raison de dire que l'adoption repose, non sur une fiction, mais sur un sentiment très naturel, celui du besoin d'aimer et d'être aimé : les jurisconsultes romains sur lesquels Rocco s'appuie ont également raison de dire que l'adoption est une consolation pour celui à qui la nature a refusé des enfants ou qui a eu le malheur de les perdre. Quoi de plus naturel? Donc le droit est tout ensemble naturel et civil. C'est dire que le plus civil des droits donne un démenti à la doctrine traditionnelle. J'ajoute que, depuis l'abolition du droit d'aubaine, il est très illogique de considérer l'adoption comme un droit civil : si le droit de disposer de ses biens par testament est devenu un droit naturel, en ce sens que nos lois l'accordent à l'étranger sans condition de réciprocité, pourquoi le droit d'adoption ne serait-il pas, au même titre, un droit naturel, puisque adopter n'est autre chose que transmettre sa succession par contrat?

345. La tutelle est-elle un droit civil ainsi que le droit d'être membre d'un conseil de famille? J'ai enseigné, dans mes *Principes de droit civil*, qu'un étranger pouvait être tuteur et faire partie d'un conseil de famille (2), mais mon opinion était isolée, et partant sans importance, la doctrine et la jurisprudence étant unanimes en faveur de l'opinion contraire. Voilà donc un droit que l'on pouvait proclamer *civil* avec une certitude qui touchait à l'évidence. Eh bien : la question se présente pour la première fois devant la cour de cassation de France et cette cour

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t IV, p. 277, n° 144.
(2) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. IV, p. 477, n° 366, et t I, p. 561, n° 446.

décide, au rapport d'un excellent jurisconsulte, M. Riquier, et sur les conclusions conformes de l'avocat général Blanche, que le prétendu droit civil est un droit naturel. Si l'on fait abstraction de la tradition, on s'étonne que l'on ait jamais pu considérer comme civil un droit qui, pour le tuteur et les membres du conseil de famille, est une charge. Le tuteur est un administrateur légal, ayant moins de pouvoir que le père; du père on peut dire, à la rigueur, qu'il a une autorité sur ses enfants, aussi les Romains disaient-ils que la puissance paternelle est un droit essentiellement civil qui ne pouvait jamais être communiqué à un étranger; cependant, en droit français, on s'accordait à dire que la puissance du père constitue un droit naturel, tandis que l'on voulait que la tutelle fût un droit civil! De qui et de quoi s'agit-il en matière de tutelle? Uniquement, exclusivement du mineur; le protecteur que la nature lui avait donné doit être remplacé par un protecteur que la loi lui procure. Quel doit être ce protecteur? Régulièrement le survivant des père et mère ou un ascendant : c'est encore le vœu de la nature, et la loi y fait droit en donnant au pupille un protecteur qui lui est attaché par les liens du sang. Quand ce tuteur naturel fait défaut, la loi appelle la famille à choisir un protecteur à l'orphelin : où le prendra-t-elle? Elle le choisit toujours, à l'exemple de la loi, parmi ceux que leur affection pour le mineur rend dignes de succéder aux père et mère. Est-ce que, par hasard, l'affection tient à la nationalité? L'ascendant étranger sera-t-il écarté de la tutelle, à raison de son extranéité, malgré l'amour qu'il a pour son descendant, et lui préférera-t-on un indigène qui ne connaît pas l'enfant auquel il doit tenir lieu de père? Que dire quand l'enfant lui-même est un étranger? Dans l'opinion générale, on devrait décider que la tutelle étant une institution de droit civil, l'enfant étranger ne peut pas réclamer ce bienfait de la loi. Ainsi la théorie des droits civils aboutirait à abandonner des enfants sans appui aucun! Ecartons cette barbarie. L'enfant étranger n'aura régulièrement que des parents étrangers; on les écartera tous, fût-ce le survivant des père et mère. C'est un étranger, donc supect. Il

faut au mineur un protecteur français qui ne comprend pas même la langue de son pupille, et l'on se rappelle le mot dur mais vrai de saint Augustin, qui dit que l'homme aime mieux son chien qu'un étranger parlant un langage inintelligible. Est-ce là la protection que la loi française accorde à ceux qui ne peuvent se protéger eux-mêmes (1)?

Ma conclusion est que la tutelle est le plus naturel des droits. Il faut entendre maintenant ceux qui disent que la tutelle est un droit essentiellement civil (2). Depuis les temps de Rome, dit-on, jusqu'à nos jours, depuis Papinien jusqu'à Merlin, une tradition ininterrompue atteste que la tutelle est une *création de la loi*. Quoi! avant qu'il y eût une loi, les enfants en bas âge étaient abandonnés après la mort de leurs père et mère, comme on n'abandonnerait pas les petits d'un chien! Les Institutes sont formelles; elles qualifient la tutelle de *munus publicum*; et les étrangers peuvent-ils remplir une charge publique? Non; mais je demanderai si les femmes sont admises aux offices publics, et cependant la mère est tutrice légale, et les ascendantes peuvent être nommées tutrices. La tradition aveugle à ce point les légistes qu'ils oublient que nous sommes régis, non par les Institutes, mais par le code Napoléon. Merlin répète ce que dit Justinien, que pour être tuteur on doit être habile à exercer les charges publiques. Si l'on demandait à Merlin quel est le texte du code civil qui qualifie la tutelle de charge publique? On cite les articles 430 et 432, qui donnent le nom de *citoyens* à ceux qui sont appelés à être tuteurs. Ceux qui prennent ce mot à la lettre en devraient conclure que la loi exige la qualité de *Français* pour être tuteur : et qui a jamais soutenu une pareille doctrine? Puis on oublie qu'il y a des femmes tutrices : est-ce que les femmes sont des *citoyens?*

La cour de cassation ne doit pas trouver ces arguments

(1) Comparez mes *Principes de droit civil*, t. Ier, 445. et t. IV, n° 336. La jurisprudence belge est en ce sens.

(2) C'est l'opinion d'Aubry et Rau, de Demolombe, de Massé, de Valette ; elle est consacrée par la jurisprudence française. Voyez les arrêts de Colmar, de Bastia (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Minorité*, n° 361), et de Paris (Dalloz, 1861, 2, 73).

très sérieux, car elle n'y répond pas. Je dois d'abord noter les circonstances dans lesquelles l'arrêt a été rendu. Il juge qu'un étranger peut être nommé subrogé tuteur de ses descendants français; il ne décide pas qu'il en est, le cas échéant, le tuteur légal. On peut donc soutenir que cette dernière question n'est pas préjugée par la cour; et, à la rigueur, on doit dire, dans l'opinion contraire, que le père étranger n'est pas le tuteur de son fils là où, comme dans les Pays-Bas, la naissance sur le sol suffit pour donner la qualité de naturel du pays. Voilà des conséquences qui témoignent contre le principe. Et c'est le principe surtout qui nous intéresse. Écoutons la cour de cassation : « La tutelle et la subrogée tutelle déférées aux ascendants dérivent, comme la puissance paternelle, du droit naturel de surveillance qui leur appartient sur leurs enfants et descendants. » Il serait plus juste encore de dire qu'il s'agit d'un droit de l'enfant, et non d'un droit du tuteur, afin d'écarter absolument la définition romaine qui parle d'un pouvoir du tuteur, ce qui était en harmonie avec l'idée de charge publique que l'on attachait à la tutelle. Non, l'autorité du père lui-même n'est plus une puissance dans le sens romain. Quant à la tutelle, nos lois ignorent la puissance tutélaire; le mot même indique qu'elle a pour objet de protéger l'enfant mineur, et n'est-ce pas là le plus naturel des droits? C'est la nature qui rend l'enfant faible et impuissant, c'est aussi la nature qui lui donne un protecteur dans ses ascendants, et, à leur défaut, dans la famille : c'est pour cela que l'étranger peut s'excuser quand il y a sur les lieux un parent capable de gérer la tutelle. La tutelle se concentre donc dans la famille, c'est un protecteur que la loi veut assurer à l'orphelin; qu'importe que ce protecteur soit Français, Belge ou Allemand? La nationalité et la jouissance des droits civils n'ont absolument rien de commun avec le devoir d'affection et de sollicitude que la tutelle impose au tuteur. Tel est le vrai principe que la cour de cassation établit en disant que la tutelle des ascendants est un droit naturel; ce qu'elle dit de la tutelle légale est aussi vrai de la tutelle dative.

Reste à savoir si cette théorie est celle du code : « On ne trouve dans nos lois, dit la cour, aucune disposition qui exclue de ces charges de famille les père et mère ou autres ascendants étrangers. » Le silence de la loi serait, à lui seul, une assez mauvaise raison, quand il s'agit d'un droit que l'on prétend civil; j'ai déjà dit que le code Napoléon n'énumère point les droits civils, et que l'article 11 suffit pour les refuser à l'étranger. Mais on ne peut pas faire à la cour de cassation le reproche qu'elle se fonde uniquement sur le silence de la loi, puisqu'elle a commencé par établir en principe que, par son essence, la tutelle est un droit naturel, et elle a ajouté une considération qui s'applique spécialement aux ascendants, puisque, dans l'espèce, il s'agissait de la tutelle des ascendants. » L'exclusion des père et mère et des autres ascendants étrangers serait contraire aux intérêts des mineurs, pour la défense desquels la tutelle et la subrogée tutelle sont constituées. » Voilà le vrai principe, il est à l'abri de toute contestation, si l'on veut écarter le préjugé romain qui a égaré Merlin, et, à sa suite, la doctrine et la jurisprudence françaises. Je regrette, à ce point de vue, que la cour de cassation ait ajouté que « l'exclusion des père et mère et des autres ascendants porterait atteinte au *principe d'autorité* qui sert de base à la famille (1) ». Non, la famille, dans nos mœurs, ne repose pas sur l'*autorité*. Le code ignore la puissance paternelle, telle que les Romains, imbus du principe d'*autorité*, la réglaient; l'autorité s'est transformée en devoir, sous l'influence des idées germaniques qui dominent dans nos coutumes; le législateur a évité de prononcer le mot de *puissance maritale*, et il ignore entièrement la puissance tutélaire. Le tuteur n'est qu'un administrateur, un mandataire qui représente le pupille dans tous les actes civils (Code Nap., art. 450). Faut-il être Français ou avoir la jouissance des droits civils pour administrer la personne et les biens d'un incapable? En théorie, la question n'a pas même de sens.

(1) Rejet, chambre civile, 16 février 1875 (Dalloz, 1875, 1, 49). Comparez la note de l'arrêtiste.

346. La même question se présente pour les conseils de famille. Faut-il avoir la jouissance des droits civils pour être membre d'un conseil de famille? Après la discussion dans laquelle je viens d'entrer, il ne vaudrait pas la peine de poser la question, s'il n'y avait un arrêt de la cour de Paris, rendu sur un excellent réquisitoire de l'avocat général Moreau, en faveur de l'opinion générale qui rapporte la tutelle au droit civil. Le ministère public commence par se faire une objection qui me paraît décisive. Au premier abord, il semble sans difficulté qu'un étranger puisse faire partie d'un conseil de famille en France. En effet, par cette institution, la loi s'est proposé d'assurer aux mineurs des garanties fondées sur les *liens du sang*. Est-ce que ces liens ne sont pas l'œuvre de la nature? Là n'est pas la question, répond l'avocat général. Il faut rechercher quel est le caractère de l'acte qui consiste à délibérer dans un conseil de famille. S'il est de ceux qui rentrent dans la jouissance des *droits civils*, il faut en conclure que l'étranger en est exclu. » Voilà à quoi conduit la fausse notion des droits civils. La prémisse prouve que le droit devrait être *naturel*; les préjugés de la tradition conduisent à en faire un droit civil. Ce qui décide l'organe du ministère public à se prononcer pour cette opinion, c'est que la tutelle est de droit civil, c'est un principe *certain*. Qu'est devenue cette *certitude* depuis le dernier arrêt de la cour de cassation? On pourrait dire du principe contraire qu'il est *certain*; et dans ce conflit de *certitudes*, que devient la vérité? Le vrai coupable, c'est le législateur. Qu'il se hâte donc de répudier une doctrine qui n'a pour elle que la tradition romaine, tradition que l'on n'ose pas même accepter en son entier, car le réquisitoire que j'analyse n'admet point que la tutelle soit une fonction publique; il suffit qu'elle constitue un droit civil, pour que le conseil de famille ait le même caractère, car il est associé par la loi à l'exercice du *pouvoir tutélaire*. Ici l'avocat général fait dire à la loi ce qu'elle ne dit point; le *pouvoir tutélaire* est une réminiscence des *Institutes*, ce n'est pas le langage du code Napoléon. « Les conseils de famille ont succédé aux tri-

bunaux, ils nomment le tuteur et interviennent dans les actes les plus importants de la tutelle; leur juridiction dépend donc essentiellement du droit civil (1). » Je répondrai par le texte du code. Les tribunaux nommaient encore d'autres administrateurs que le tuteur, et ils ont conservé ce pouvoir : tels sont les administrateurs des biens de l'absent, pendant la première période de l'absence (art. 112); l'administrateur provisoire commis pour prendre soin de la personne et des biens de celui dont l'interdiction est poursuivie (code Nap., art. 497). Est-ce à dire que ces administrateurs doivent être Français et jouir des droits civils? Le mandat a toujours été rapporté au droit des gens; un incapable peut être mandataire. Celui qui s'absente peut confier la gestion de ses affaires à un étranger : et le tribunal, qui fait ce que l'absent aurait dû faire, ne pourrait pas nommer un étranger, homme capable et ami de l'absent? Quand on entre dans les détails de la théorie des droits civils, on ne trouve que non-sens.

Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Bruxelles. La cour s'appuie d'abord sur les causes d'exclusion que les articles 442 et 445 établissent pour les conseils de famille; elles sont limitatives, et l'extranéité n'y figure point. Le silence de la loi n'est pas décisif en cette matière (n° 345) : la cour y ajoute une considération qui, à mon avis, est décisive : « La loi pour rendre les parents habiles à constituer un véritable conseil de famille s'est surtout attachée à l'affection qu'elle devait naturellement leur supposer pour le mineur, sans s'arrêter à la nationalité. » Qu'est-ce que la nationalité a de commun avec l'affection et avec les devoirs de famille (2)?

La jurisprudence des cours de Belgique s'est prononcée dans le même sens, et pour identité de motifs, en ce qui concerne la tutelle. J'ai déjà rapporté un arrêt de la cour de Bruxelles (n° 345) qui décide qu'un étranger peut être nommé tuteur. Je dois ajouter que le tribunal de Namur s'est écarté de cette jurisprudence, par la raison

(1) Paris, 21 mars 1861 (Dalloz, 1861, 2, 73).
(2) Bruxelles, 23 décembre (*Pasicrisie*, 1874, 2, 346).

que la tutelle est une fonction créée par la loi civile (1). En rapportant cette décision dans la *Revue de droit international* de Rolin, un excellent jurisconsulte ajoute cette note : « Quelle que soit la valeur de cette solution sous l'empire du code Napoléon, il est certain qu'elle tient peu compte de l'intérêt de l'enfant. Il est permis de croire que le conseil de famille ne sera pas sans prévoir les inconvénients pouvant résulter pour l'enfant de l'extranéité du tuteur; et lorsque, ces inconvénients bien pesés, il lui apparaît que le parent étranger est néanmoins en situation d'être un meilleur tuteur pour l'enfant que les autres qu'on lui pouvait donner, il est à regretter que ce *meilleur* tuteur soit écarté comme étranger au pays, pour être remplacé par un tuteur qui sera peut-être étranger à l'enfant (2) ». C'est la satire de la doctrine des droits civils appliquée à la tutelle, et elle est méritée.

347. Faut-il jouir des droits civils pour être témoin en justice et dans un acte authentique? Le jurisconsulte napolitain Rocco a un excellent chapitre sur cette question. En voici l'analyse. Il faut distinguer les divers témoignages. Quand on entend un témoin en justice, c'est pour obtenir la preuve d'un fait par un témoignage oculaire. Quelle est la qualité que l'on doit exiger dans celui qui dépose? Je ne parle pas des qualités morales; je demande si un étranger, en supposant qu'il soit un homme honorable, ne mérite pas la même foi qu'un naturel du pays? La question ne peut pas même être posée, car la justice n'a pas le choix, elle est forcée d'entendre ceux qui ont vu ou entendu; or, c'est le hasard qui décide si un étranger ou un naturel est témoin d'un fait : est-ce un étranger, la nécessité exige qu'on l'entende, sinon le juge serait dans l'impossibilité de juger. Le témoignage de l'étranger s'impose donc, il serait absurde de le récuser. Il n'en est pas de même des témoins qui assistent à un acte public; les rédacteurs ou les parties ont le choix; dès lors le législateur peut prescrire des conditions. Doit-il

(1) Jugement du 12 août 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 3, 10).
(2) A. Du Bois, dans la *Revue de Droit international*, t. VI, p. 278.

exiger la qualité de naturel ou du moins la jouissance des droits civils? Le législateur français s'est montré très sévère, il veut que les témoins à un acte notarial et à un testament soient regnicoles; de sorte que l'étranger ne pourrait l'être, quand même il jouirait des droits civils. Y a-t-il une raison de cette rigueur? L'étranger, dit-on, peut quitter le pays d'un jour à l'autre, de sorte qu'il serait difficile d'obtenir son témoignage s'il était nécessaire de l'entendre. Rocco ajoute que l'on ne peut pas compter sur la moralité de l'étranger, que l'on ne connaît point, et pour lequel il n'y a plus aucune garantie quand il quitte le pays. Ce sont d'assez mauvaises raisons, et il est difficile d'en donner de bonnes, les auteurs n'étant pas même d'accord sur le point de savoir quel est le rôle du témoin dans les actes. Une chose est certaine, c'est que bien des actes, et surtout des testaments, ont été annulés pour vice d'extranéité d'un témoin, de sorte qu'une condition qui devait être une garantie pour le testateur tourne contre lui; n'est-ce pas un motif déterminant pour la rejeter?

Le code civil ne la prescrit pas dans tous les actes authentiques; de là la question de savoir si un étranger peut être témoin à un acte de l'état civil. Rocco établit très bien les différences qui existent entre les actes de l'état civil et les actes notariés. Dans les uns la loi admet les parents, dans les autres elle les exclut; on ne peut donc pas, en cette matière, raisonner par analogie. Il y a un cas où les déclarants servent aussi de témoins, et l'on ne choisit pas les déclarants; les circonstances, le hasard peuvent faire que ce soient des étrangers : les récusera-t-on? Ce serait se mettre dans l'impossibilité d'avoir une preuve de l'état civil. Rocco a raison (1). Mais que devient alors la théorie des droits civils? Elle donne lieu à de nouvelles incertitudes, au moins en ce qui concerne les motifs : tantôt le témoin peut être étranger, tantôt il doit être Français : d'un côté on exige moins que la jouissance des

(1) Rocco, *Dell' uso e dell' autorità delle leggi del regno delle Due Sicilie*, p. 77, ch. VIII. Comparez Massé, *Droit commercial*, t. I, p. 398, n° 505, et mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 563, n° 451.

droits civils, et d'un autre côté, on exige plus. Ce n'est plus une doctrine, c'est l'arbitraire.

348. Les arbitres doivent-ils être Français, ou au moins jouir des droits civils? Il n'y a aucun doute pour l'arbitrage volontaire. L'arbitre choisi par les parties puise uniquement ses pouvoirs dans leur volonté; elles peuvent porter leur choix même sur un incapable. La cour de Chambéry a jugé récemment en ce sens. Elle dit que l'arbitrage est un mandat, et que ce contrat est essentiellement du droit des gens (1). Je n'aime pas la qualification de mandat; le mandataire représente le mandant, et on ne peut pas dire que les arbitres représentent les parties. Toujours est-il que l'arbitre n'a rien de commun avec le magistrat qui décide en vertu d'une délégation de la nation souveraine.

Il en était autrement de l'arbitrage forcé en matière de société commerciale, sous l'empire de l'ancien code de commerce. Les associés étaient obligés de soumettre leurs contestations à des arbitres; ceux-ci étaient de véritables juges, tenant leurs pouvoirs, non des parties, mais de la loi; ils exerçaient une magistrature temporaire. Or, temporaire ou permanente, toute magistrature procède du droit public. C'est dire que les arbitres devaient avoir la qualité de Français; il ne suffisait pas de la jouissance des droits civils (2).

II. *Droits patrimoniaux.*

349. Les peuples commerçants ont toujours été d'une jalousie féroce en ce qui concerne leur trafic. J'ai cité les usages barbares des Phéniciens et des Carthaginois (3). Les Vénitiens n'étaient pas moins cruels : les étrangers ne pouvaient faire construire, ni acheter des navires dans les ports vénitiens : les navires, les patrons, les propriétaires devaient être vénitiens. Les ouvriers qui transportaient leur art en pays étranger étaient sommés de

(1) Chambéry, 15 mars 1875 (Dalloz, 1877, 2, 98).
(2) Massé, *Droit commercial*, t. I, p. 398, n° 495 de la 2e édition.
(3) Voyez le tome Ier de ces Études, p. 119, n° 65.

rentrer dans leur patrie; pour les y contraindre on emprisonnait leurs proches; si, malgré cette violence, ils s'obstinaient à demeurer à l'étranger, l'inquisition d'Etat chargeait quelque émissaire de les tuer; les parents emprisonnés n'étaient remis en liberté qu'après leur mort (1). *Auri sacra fames!*

Cette barbarie a laissé des traces dans nos lois. Aucun étranger, à moins qu'il ne jouisse des droits civils, ne peut être propriétaire, en tout ou en partie, d'un navire français jouissant des priviléges accordés aux bâtiments nationaux. Les Français mêmes, résidant en pays étranger, ne peuvent être propriétaires, en totalité ou en partie, d'un bâtiment français, s'ils ne sont pas associés dans une maison de commerce française faisant le commerce en France, et s'il n'est pas prouvé par un certificat du consul de France, dans le pays étranger où réside le Français, qu'il n'a point prêté serment de fidélité à cet Etat. On dit que l'intérêt et la sécurité de l'Etat exigent ces mesures de défiance (2). Soit, mais il faut être logique et ne pas se contenter de la garantie que l'étranger jouit des droits civils; il faut exiger, comme le fait la législation anglaise, que le propriétaire de tout vaisseau anglais soit Anglais; ces vaisseaux seuls jouissent de la protection que les flottes d'Angleterre accordent, sur tous les points du globe, aux naturels du pays. Cette législation a été adoptée aux Etats-Unis. Wharton reconnaît que c'est une fausse politique; il avoue que le but de ces restrictions est d'empêcher qu'une branche essentielle de l'industrie et de la richesse nationales ne passe dans des mains étrangères (3). Est-ce là un motif pour exiger la qualité de citoyen de tout propriétaire de navire? C'est la jalousie commerciale d'il y a deux siècles. Je croyais que les économistes philosophes avaient ruiné la fausse idée d'un intérêt national qui divise les peuples pour en faire autant d'ennemis (4).

(1) Blanqui, *Histoire de l'Economie politique*, t. II, p. 293 et suiv.
(2) Massé, *Droit commercial*, t. 1er, p. 397 et suiv. de la 2e édition.
(3) Wharton, *Conflict of laws*, p. 116, § 123, f.
(4) Voyez tome Ier de ces Etudes, p. 488, nos 334 et 335.

350. Le décret français du 28 mars 1852 interdit la contre-façon, en France, des ouvrages publiés en pays étranger; par suite la propriété littéraire est devenue un droit naturel que l'étranger peut exercer en France, même pour les ouvrages publiés en pays étranger. Ce décret s'applique-t-il aux œuvres théâtrales, notamment aux œuvres musicales? La question a été vivement débattue devant la cour de cassation de France. En 1855, le directeur du Théâtre italien de Paris annonça au public qu'il ferait représenter trois opéras de Verdi, qui avaient déjà été représentés en Italie, en Autriche et en Amérique. Verdi s'y opposa, prétendant que l'on n'avait pas le droit, en France, de représenter, sans son autorisation, les ouvrages dont il était l'auteur. Ses prétentions furent repoussées en première instance, et, sur appel, par la cour de Paris. Pourvoi en cassation, soutenu par Paul Fabre, depuis procureur général. La chambre des requêtes confirma la décision des premiers juges.

La cour reconnaît que la propriété des œuvres littéraires, musicales et artistiques dérive du droit naturel; mais la nature des objets auxquels elle s'applique n'a pas permis de la laisser soumise aux règles absolues du droit de propriété en général; des considérations d'ordre et d'intérêt publics ont déterminé le législateur à en régler et modifier l'exercice. N'en est-il pas de même de toute espèce de droit? et suffit-il que la loi règle l'exercice d'un droit pour qu'il cesse d'être un droit naturel? Voilà l'éternelle difficulté que soulève la distinction des droits naturels et des droits civils, et elle est insoluble. Dans l'espèce, la cour distingue. Pour les compositions musicales et les ouvrages dramatiques, le droit de propriété s'exerce par les deux voies de l'édition et de la représentation. Ne faudrait-il pas dire que la voie naturelle et, partant, essentielle pour les œuvres théâtrales, et surtout pour les opéras, est la représentation? Qu'importe, comme le dit la cour, que ces deux modes d'exercice du droit n'aient été reconnus qu'à des époques différentes, et qu'ils aient été réglementés par des dispositions législatives souvent diverses? Ce sont des accidents qui tiennent à l'imperfec-

tion des lois; il est rare, surtout dans la matière des droits civils, que le législateur procède logiquement; le progrès se réalise par pièces et morceaux. Mais l'interprète, au moins, devrait être logique. La loi du 5 février 1810 commença par accorder à l'étranger le droit de publication par la voie de la presse, puis la loi du 17 août 1844 étendit cette concession au droit de représentation; mais la faculté reconnue aux étrangers était subordonnée à la condition que les œuvres de l'auteur étranger fussent publiées ou représentées pour la première fois en France; aucun droit n'appartenait à l'étranger qui, dans son pays, publiait une œuvre littéraire ou musicale; on pouvait la contrefaire impunément en France, et la représenter au préjudice de l'auteur. C'était le régime de la piraterie : les œuvres de l'étranger étaient de bonne prise. Le décret du 28 mars 1852 mit fin à cette honteuse exploitation, qui consistait littéralement à voler l'étranger. Mais quelle est l'étendue de ce décret? Il cite uniquement les lois relatives à l'édition et à la publication des travaux littéraires ou artistiques; le but était d'abolir la contrefaçon, en prohibant la réimpression, par la voie de la presse, d'ouvrages publiés en pays étranger; mais le décret ne dit rien de la représentation des œuvres dramatiques ou musicales. Qu'en faut-il conclure? C'est que l'ancien régime subsiste quant à la représentation. Ainsi l'on respecte le droit de l'auteur, d'une main, et on le viole de l'autre. Les opéras sont destinés à être représentés : qu'importe qu'on ne puisse les réimprimer, si on peut les représenter malgré l'auteur?

La cour invoque contre les auteurs les traités qui ont été conclus en exécution du décret de 1852; on y stipule que le principe établi pour l'édition s'appliquera à la représentation; c'est dire implicitement qu'en l'absence de conventions diplomatiques, le droit de représentation reste soumis à la législation antérieure. Cette argumentation est-elle conforme à l'esprit du décret de 1852? Il répudie l'ancien régime, et ouvre une ère nouvelle : y avait-il un motif de limiter le droit de l'auteur d'un opéra à la publi-

cation par la voie de la presse en le laissant sans garantie contre la publication par la voie de la représentation? En principe cela est souverainement illogique. La cour ajoute une considération qui fait naître un doute. Les traités, notamment celui du 28 août 1852 conclu avec la Belgique, étendent à la représentation le principe que le décret pose quant à l'édition; mais, au lieu de sanctionner l'observation de cette stipulation, comme le fait le décret pour le droit d'édition, par une peine, ils n'y donnent, comme sanction, que le payement d'une somme d'argent. La sanction différente ne prouve-t-elle pas que l'auteur du décret n'avait pas en vue le droit de représentation? L'interprétation contraire conduirait à une conséquence assez absurde : c'est que les auteurs d'un pays avec lequel il n'existe pas de traité auraient, en France, un droit plus étendu que ceux d'un pays favorisé par un traité (1).

La décision de la cour est en harmonie avec l'esprit étroit qui a présidé au code Napoléon, et dont la jurisprudence reste imbue, mais, par contre, elle est en opposition avec les tendances plus larges et plus humaines du décret de 1852. Les auteurs sont divisés (2). Il est inutile de prolonger ce débat; il perd de son intérêt à raison des nombreux traités qui mettent la représentation sur la même ligne que la publication par la voie de la presse. Mais la lutte entre les deux tendances n'est pas terminée. Nous allons assister à de nouveaux débats, sur le terrain de la propriété industrielle.

351. L'Assemblée constituante a posé le principe de la propriété industrielle dans des termes dignes des premiers représentants de la nation française : « Toute idée nouvelle, dont la manifestation ou le développement peut devenir utile à la société, *appartient* primitivement à celui qui l'a conçue, et ce serait attaquer les *droits de l'homme* dans leur essence que de ne pas regarder une *découverte industrielle* comme la *propriété* de son *auteur* (3). » Puis-

(1) Rejet, 14 décembre 1857 (Dalloz, 1858, 1, 161).
(2) Voyez les citations dans le *Répertoire* de Dalloz, 1858, 1, 161, note. Il faut ajouter Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 410, n° 517.
(3) Loi du 30 décembre 1790.

qu'il s'agit d'un *droit de l'homme*, les *étrangers* ne sont pas exclus. Dans la pensée de l'illustre assemblée, il ne devait plus y avoir d'étrangers; tous les peuples étant frères, les hommes ne doivent-ils pas partout jouir des mêmes droits? Toutes les législations reconnaissent aujourd'hui le droit de l'étranger à la propriété industrielle; mais l'application du principe soulève encore de nombreuses difficultés.

L'homme a un droit sur l'œuvre de son intelligence; il n'y a aucune propriété qui soit plus naturelle que celle-là. Personne ne conteste à l'inventeur d'un nouveau procédé la propriété de sa découverte; mais pour assurer son droit, il importe de le constater par un titre, qui établit le fait de l'invention et la date à laquelle elle a eu lieu; c'est le seul moyen pour la justice de décider entre des prétentions contraires, quand il arrive que plusieurs personnes soutiennent avoir fait la même découverte. De là les brevets d'invention. C'est un acte par lequel l'autorité publique garantit à celui qui se prétend l'auteur d'une découverte ou d'une invention nouvelle, le droit exclusif, d'en faire usage pendant un temps déterminé. Pourquoi la propriété n'est-elle pas assurée à perpétuité à l'inventeur? La même question se présente pour la propriété littéraire. Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans ce débat. La seule chose qui nous intéresse pour le moment, c'est de savoir si le brevet d'invention peut être accordé à l'étranger. La législation française ne laisse aucun doute sur ce point : l'étranger, quoiqu'il ne jouisse pas des droits civils, peut obtenir en France un brevet d'invention qui produira à son profit les mêmes effets qu'au profit des nationaux (1). Mais il ne suffit pas que l'étranger soit breveté en pays étranger, pour qu'il puisse user de son droit en France. Sous ce rapport, il y a une différence entre la propriété industrielle et la propriété ordinaire, et même la propriété littéraire depuis le décret de 1852. La propriété est, en principe, un droit absolu et universel; celui qui est

(1) Loi du 5 juillet 1844, art. 27. Comparez Merlin, *Répertoire*, au mot *Etrangers*, § I, n° 8.

propriétaire dans un pays doit l'être partout. Pour la propriété des inventions, on exige de plus que l'inventeur constate son droit, et naturellement, cela doit se faire d'après les lois de chaque pays. Ce n'est pas, à vrai dire, l'application du principe des droits civils; le Français lui-même est assujetti à une règle qui est d'ordre public. S'il a obtenu un brevet d'invention en pays étranger, il doit, s'il veut exercer son droit en France, y demander un brevet, en se conformant aux lois françaises. Il y a donc réellement égalité entre le Français et l'étranger. De même, si le Français, breveté en France, veut exercer ses droits dans un pays étranger, il doit se conformer aux lois de ce pays (1).

La loi belge du 24 mai 1854 est conçue dans le même sens, quoiqu'elle soit moins explicite que la loi française. Aux termes de l'article 1er, le brevet est accordé pour *toute découverte*; ce n'est pas à la personne, c'est à l'invention que la protection est assurée; il en résulte que la personne n'est pas prise en considération : qu'il s'agisse d'un étranger ou d'un Belge, cela est indifférent. L'arrêté royal, pris en exécution de la loi, dit formellement (art. 1er) que *toute personne* pourra prendre un brevet d'invention.

352. Les dessins de fabrique sont soumis aux mêmes règles que les brevets d'invention; ils constituent également une invention, partant une propriété. Seulement, l'étranger qui veut s'assurer la propriété d'un dessin en France doit se conformer aux lois françaises, pour la constatation et la conservation de son droit. Les conditions sont communes aux étrangers et aux nationaux.

J'emprunte à la jurisprudence française une application de ces principes; on verra que c'est toujours l'esprit étroit et jaloux du vieux régime qui y règne. Les lois ne suffisent pas pour modifier les sentiments et les idées; il faut pour cela l'enseignement oral et l'enseignement par la voie de la presse. Des marchands français, inventeurs

(1) Massé, *Droit commercial*, t. Ier, p. 411, n° 518.

d'un dessin appliqué à l'industrie, en firent le dépôt au secrétariat du conseil des prud'hommes à Paris, conformément à la loi du 18 mars 1806, puis ils le firent mettre en œuvre en Belgique, en dentelles dites *application de Bruxelles*. Ils se plaignirent que leur dessin avait été contrefait, et ils saisirent en conséquence chez un marchand de Paris une écharpe et un volant en dentelles. Avant de rechercher s'il y avait contrefaçon, il fallait examiner si les inventeurs avaient rempli les conditions requises pour conserver leur propriété. La cour de Paris, part de ce principe qu'en déterminant les règles propres à assurer la propriété des inventions industrielles, la loi avait en vue, toujours et surtout, la protection de l'industrie et de la production exclusivement nationales. Est-ce bien là l'esprit du décret de l'Assemblée Constituante, que j'ai transcrit (n° 350)? En garantissant la propriété des inventions, le législateur veut avant tout assurer le droit du propriétaire, parce que, comme le dit le décret de 1790, c'est un *droit* de *l'homme*. Nous allons voir ce que devient le droit de l'homme, dans la doctrine de la cour de Paris.

La loi de 1844 sur les brevets d'invention (art. 32) prononce la déchéance contre le breveté qui introduirait en France des objets fabriqués à l'étranger et semblables à ceux qui sont garantis par son brevet. Il obtient son brevet en France; c'est donc en France qu'il *doit* exercer l'industrie dont la loi garantit la propriété privative. Ainsi le brevet n'est pas accordé à l'inventeur, ni à l'invention : il est accordé dans l'intérêt de l'industrie française. Il en doit être de même des dessins, dit la cour de Paris. Il est vrai que la loi du 18 mars 1806 (section III), qui détermine les conditions requises pour la conservation de la propriété des dessins, ne prononce pas la déchéance contre l'inventeur qui introduirait en France des produits fabriqués à l'étranger sur le dessin déposé. Mais, dit la cour, la *nationalité* des produits n'en est pas moins une condition absolue pour la conservation de la propriété. En effet, le décret de 1806 était d'abord destiné à la ville de Lyon seulement; il y organisait un conseil de prud'hommes,

chargé de conserver les dessins de la fabrique lyonnaise, et, par suite, les droits respectifs de propriété des fabricants lyonnais. Ainsi, dans son origine, le décret avait exclusivement pour objet la protection de l'industrie lyonnaise. Il fut étendu successivement à toutes les localités où l'on instituait des conseils de prud'hommes avec des attributions identiques. Donc le décret n'a jamais eu pour objet que la protection des produits manufacturés dans les ressorts desdits conseils, c'est-à-dire, des produits purement nationaux. De là, la conséquence forcée que l'on ne peut réclamer pour les produits étrangers le bénéfice du décret, non plus que le privilége de propriété exclusive qu'il consacre en faveur de l'inventeur du dessin qui en fait le dépôt à un conseil de prud'hommes. S'il en était autrement, dit la cour, il s'ensuivrait que tout producteur étranger devrait être admis, moyennant la simple formalité du dépôt préalable, à revendiquer en France la propriété de ses dessins ou modèles (1).

Ce que la cour de Paris considérait comme une chose impossible, au moment où elle rendait son arrêt (en 1853), venait d'être décrété pour la propriété littéraire : l'auteur étranger peut faire valoir son droit de propriété en France, quoique l'impression se soit faite en pays étranger. Le droit de propriété varierait-il, d'après la nature de l'objet auquel il s'applique ? Je demanderai quelle serait la raison de cette différence entre un dessin et un livre ? Les moyens de preuve peuvent différer ; mais, dans l'espèce, l'inventeur avait fait le dépôt légal de son dessin ; donc son droit était prouvé. Et cependant, il était à la merci de la contrefaçon et de l'abus de confiance. Voici, en effet, ce qui était arrivé. Le fabricant belge, que l'inventeur français employa, abusant de la confiance qu'il lui accordait, avait produit, pour son propre compte, le même dessin et l'avait mis en vente. C'est un fait blâmable, sans doute, dit la cour, mais l'inventeur n'en est pas moins déchu de son droit de propriété, et il ne doit imputer qu'à lui-même le dommage qu'il éprouve, car il résulte de la

(1) Paris, 6 avril 1853 (Dalloz, 1854, 2, 25).

préférence qu'il a donnée à l'industrie étrangère pour la reproduction de son dessin. Voilà le crime! Au lieu de faire fabriquer la dentelle en France, où l'on ne connaît pas l'*application de Bruxelles*, il s'adressa à un fabricant de Belgique, où on la connaît. Et pour cela, il perd son droit de propriété. Et il le perd, sans même qu'il y ait une loi formelle qui le déclare déchu, par voie d'induction, et par la seule raison que le législateur français ne veut et ne doit protéger que l'industrie française. La décision est remarquable, parce qu'elle émane du tribunal de commerce de la Seine; la cour ne fit que confirmer, en adoptant les motifs des premiers juges. L'esprit du commerce est aussi étroit que l'esprit traditionnaliste des hommes de loi : les marchands et les légistes en sont encore au système de protection du dix-septième siècle; nous touchons cependant au vingtième. Si la pratique est dominée par la routine et par la tradition, c'est au législateur de rompre ces chaînes, parce que sa mission est de réaliser le progrès dans les lois à mesure qu'il s'accomplit dans le domaine des idées.

353. Le nom commercial constitue-t-il une propriété? Et cette propriété est-elle de droit naturel? Cette question a donné lieu à un mémorable débat devant la cour de cassation de France, en 1848, et la décision de la cour a eu son retentissement en Belgique, en 1878; mais dans ces trente ans, la science et la pratique avaient fait un grand pas. Notre cour de cassation a jugé en un sens contraire à la décision rendue, chambres réunies, en France, de part et d'autre sur le réquisitoire du ministère public, rempli en France par Dupin, homme d'infiniment d'esprit et légiste consommé, mais un vrai traditionnaliste et retardataire; en Belgique, par un magistrat appartenant à la jeune génération, M. Mesdach, qui a porté la discussion à une hauteur que l'on n'est pas habitué à trouver dans les débats judiciaires. Je dois m'arrêter à cette lutte du passé contre l'avenir; elle est pleine d'enseignements, et le résultat est une grande force tout ensemble et une consolation pour ceux qui luttent contre le passé; la victoire définitive sur ce terrain n'est jamais douteuse!

vaincus aujourd'hui, nous serons vainqueurs demain. Qu'importe que nous ne soyons pas témoins de la victoire? On sème toujours pour la postérité.

Des industriels anglais, Rowland et fils, inventeurs du parfum connu sous le nom d'*huile de Macassar,* avaient un dépôt à Paris. Ils apprirent que des fabricants français avaient contrefait ce produit et le débitaient dans des flacons étiquetés, du nom de l'inventeur, *Rowland and son*. Ils ne pouvaient agir en contrefaçon, parce que la composition était tombée, en France, dans le domaine public ; ils intentèrent une action en contrefaçon de nom. La cour de Paris déclara l'action recevable, et condamna les contrefacteurs à des dommages-intérêts. Sur le pourvoi en cassation, la chambre civile cassa la décision, par le motif que l'usurpation d'un nom commercial constitue un droit civil, que les étrangers ne peuvent exercer, lorsqu'il n'est pas justifié que les Français jouissent du même droit, en vertu d'un traité de réciprocité dans le pays de ces étrangers (C. Nap., art. 11).

La cour de Rouen, saisie sur renvoi, jugea comme avait fait la cour de Paris. Elle commence par établir quel est le but de l'action portée par *Rowland and son*, Anglais, devant les tribunaux français : elle a pour objet de réclamer des dommages-intérêts pour usurpation de leur nom et de leur signature, apposés par des commerçants français sur des produits de fabrication française, analogues aux produits des établissements industriels des demandeurs situés en Angleterre. La cour constate ensuite que les demandeurs ne jouissent pas des droits civils en France et qu'aucun traité entre la France et l'Angleterre n'admet les fabricants des deux pays à exercer réciproquement leurs droits et actions contre l'usurpation de leurs noms et signatures. Il s'agissait donc de savoir si le droit réclamé par les demandeurs étrangers constituait un droit civil dans le sens de l'article 11 du code Napoléon, droit dont les étrangers sont exclus, ou si c'est un droit naturel, dont la loi française s'est bornée à régler l'exercice, droit que les étrangers peuvent exercer comme appartenant au droit des gens. Or, un des premiers préceptes

de l'équité naturelle est que tout dommage fait à autrui exige une réparation de la part de celui qui l'a causé. Ce principe est consacré par le code Napoléon (art. 1382 et 1383), mais la loi française ne l'a point créé; elle n'a fait que le proclamer, le sanctionner; ainsi, quoique compris dans nos lois civiles, il n'en conserve pas moins son caractère primitif de droit naturel, et partant, il appartient à l'étranger comme au regnicole. On objecte que, dans l'espèce, l'action en dommages-intérêts est fondée sur l'usurpation d'un nom et, par conséquent, sur une propriété qui n'est établie et réglée que par la loi civile. La cour répond que le respect dû à la propriété d'autrui n'est pas une obligation qui dérive du droit civil, elle dépend du droit naturel ou du droit des gens; en effet, la propriété du nom d'un commerçant est la plus personnelle de celles qui puissent appartenir à l'homme; elle n'est pas créée par la loi, et elle peut se conserver sans la loi. Si le législateur intervient pour la protéger contre les atteintes qui peuvent y être portées, il ne dénature pas cette propriété en la reconnaissant, en la défendant; la loi française ne fait que prêter son appui à une propriété qui a son fondement dans le droit des gens de toutes les nations civilisées.

Nouveau pourvoi, porté devant les chambres réunies. Le rapporteur Rocher, dans un excellent rapport, prit parti contre le pourvoi. Il commence par établir que les demandeurs ne nient point l'usurpation de nom qui leur est reprochée; mais ils soutiennent que c'est une nécessité du commerce, en ce sens que c'est l'unique moyen de défense que l'industrie française puisse opposer à la contrefaçon étrangère. Comment combattre, disent-ils, ces spéculations de fraude dont la loi anglaise est complice par son silence? Spéculations encouragées, en outre, par cet esprit de nationalité étroite et jalouse qui rend le monde entier tributaire de ses exigences, et n'attache le blâme, dans les relations internationales privées, qu'à ce qui cesse de lui profiter ou à ce qui commence à lui nuire? C'est le côté moral du débat; je dois m'y arrêter un instant. Porter atteinte à la propriété, quelle qu'elle soit, c'est un vol;

est-ce que la morale nous permet de voler un fabricant anglais, parce que les fabricants anglais volent les industriels français? On aurait horreur, entre Français, de dire: Je vous vole, parce que vous volez. Le vol, réprouvé entre Français, devient-il licite entre Français et Anglais? Le conseiller rapporteur proteste avec énergie contre la doctrine du pourvoi, si l'on peut donner ce nom à un système de représailles qui renverse toute notion du juste et de l'injuste : « Nous serons dispensés d'être justes envers ceux qui ne le seraient pas à notre égard. Il y a plus : tout principe d'équité naturelle, violé par les uns, deviendra par cela seul impraticable pour les autres. S'il est vrai qu'il n'y ait pas deux morales, l'une pour les individus, l'autre pour les peuples; si, dans l'ordre des sociétés civiles, tout se tient et se lie, l'injustice commutative entre étrangers deviendra la loi du talion entre individus, et cet éclatant démenti donné à la conscience universelle amènera logiquement la perversion de toutes les consciences. »

C'est la critique sévère du système de réciprocité sur lequel est fondé l'article 11 du code Napoléon. Reste à savoir si réellement le nom commercial est un droit civil que l'on puisse impunément léser, tant qu'il ne sera pas reconnu par des traités, ou s'il forme un de ces droits que l'on appelle naturels, parce que la nature les donne à tous. Le rapporteur établit très bien que l'article 11 n'entend pas exclure les étrangers de tout droit. Il consacre la doctrine professée dans l'ancien droit par Pothier et Domat, l'exclusion du droit civil, particulier à chaque nation, mais participation au droit des gens, domaine commun de tous les hommes, à quelque nation qu'ils appartiennent. L'étranger est exclu des droits civils, mais il jouit des droits naturels. Suffit-il, pour qu'un droit soit civil, que la loi française le règle? Il s'ensuivrait que tous les droits seraient civils, car il n'y en a aucun, à commencer par le plus naturel, la propriété, que la loi positive n'ait limité, modifié, réglementé dans un intérêt social. Qu'en résulterait-il? C'est qu'il n'y aurait d'autre droit civil international que le droit consacré par des traités de réciprocité; les devoirs entre peuples et individus étrangers n'auraient

plus d'autre base que les conventions diplomatiques : pas de traité, pas de droit. Et en l'absence du droit, quels seraient les rapports entre étrangers? Précisément, ce droit révoltant du talion, des représailles, disons mieux, la guerre qui légitime tout, même le brigandage; le code Napoléon nous aurait ramenés à la barbarie primitive, où l'étranger était sans droit, et où sa personne et ses biens étaient de bonne prise. Non; tel n'est pas le système du code civil; quelque dur qu'il soit pour l'étranger, il lui conserve au moins la jouissance des droits naturels. Le débat est donc circonscrit dans des limites : la propriété, et notamment celle du *nom*, est-elle de droit naturel? Ici est le côté défectueux du code Napoléon. Nous allons trouver les meilleurs esprits en désaccord, sans que l'on puisse affirmer avec quelque certitude qui a raison.

Le rapporteur avoue que jadis d'illustres philosophes soutenaient que la propriété est l'œuvre de la puissance sociale : il cite Hobbes, Pufendorf et Bossuet, il aurait pu en citer bien d'autres. Aujourd'hui, dit-il, il est reconnu par tous les jurisconsultes que la propriété préexiste à la loi. Reste à savoir si le nom est une propriété. On peut dire avec le pourvoi que le nom est une création de la loi; on sait le jour et l'heure où cette expression symbolique de la personne a pris naissance, donc le nom ne procède pas du droit naturel. Tel n'est pas l'avis du rapporteur. « Ce qui caractérise essentiellement les facultés dérivant du droit naturel, c'est la nécessité qui leur a donné naissance; car en obéissant aux instincts dont le développement constitue l'état de société, l'homme marche à ses fins, et la législation privée, ayant pour objet de régler ce développement, n'est que la consécration des causes providentielles qui l'ont amené. » Ainsi considéré, le nom est certainement antérieur à la loi, qui l'a réglementé; les hommes se sont distingués par le nom qu'ils portent, avant qu'il y eût des lois. Au nom s'attache le travail de l'homme, dans toutes ses variétés, travail littéraire, commercial, industriel, moral; c'est un héritage qu'il transmet et qui a plus de valeur que les biens matériels qu'il laisse

à ses enfants. Cet héritage, fécondé par l'emploi de nos facultés, n'est pas d'une autre nature que le sol fécondé par nos bras; il est dans notre domaine. Le nom a aussi une valeur commerciale : qui pourrait le nier? Donc, le commerçant est en droit de dire : « Le nom, l'importance que je lui ai donnée au prix de mes sueurs constitue par excellence ce droit que Pothier a défini « celui en vertu « duquel une chose nous est propre et nous appartient priva« tivement à tous autres. » Cette propriété doit-elle être restreinte aux nationaux? Ce serait dévier des grands principes de justice et d'humanité que la France a proclamés en 1789 dans cette immortelle déclaration des droits de l'homme, qui, après tant d'essais d'organisation sociale emportés par le vent des révolutions, est restée seule debout parmi les hommes. » Cet appel fait aux droits de l'homme est significatif. Le rapporteur se met au-dessus des passions étroites qui animent et rapetissent le commerce, et il faut le dire, le droit. Mais ce sont précisément ces vues élevées qui vont devenir une arme contre lui dans les mains d'un légiste qui ne connaît que les nécessités pratiques de la vie.

354. Le procureur général Dupin commence par rendre hommage aux sentiments généreux dont le rapporteur s'était fait l'organe. On en pourrait tenir compte s'il s'agissait de faire un nouveau code, et de concéder, à tout risque, à des étrangers des droits plus étendus que ceux que leur accorde la législation actuelle. Mais telle n'est pas la question que l'on débat devant la cour; il s'agit d'interpréter une loi positive. Dupin admet volontiers qu'il y a des droits naturels qui appartiennent à tous les hommes, de quelque pays qu'ils soient; il ne nie pas la fraternité qui relie tous les peuples; c'est en partant de ces idées que l'on a pensé en 1791 que les droits civils ne devaient être refusés à personne et qu'il fallait former pour ainsi dire une nation de toutes les nations. Mais, instruits par l'expérience, nos législateurs n'ont pas tardé à reconnaître que cette idée n'était pas dans l'ordre des affections humaines. On affaiblit ces affections en les généralisant. La politique ne permet point de communiquer

à tous les hommes les droits qui sont le privilége des citoyens; on ne le peut du moins que par des conventions et sous condition de réciprocité.

Que tel soit l'esprit du code civil, on ne saurait le nier. Dupin ne fait que rapporter les idées et les paroles mêmes de Portalis, l'orateur du gouvernement. Mais ne restreint-il pas dans des limites trop étroites le droit de propriété? Il s'agit de savoir si la propriété, et spécialement celle du nom commercial, est un droit naturel. Dupin élude la réponse en ce qui concerne la propriété en général; il se borne à rappeler qu'il y a des modes de transmettre et d'acquérir la propriété dont les étrangers ont été et sont encore exclus. Telle était jadis l'hérédité : le code civil déclare les étrangers incapables de recueillir et de transmettre des successions. Si tel a été le droit du législateur pour les successions, il a aussi le droit d'établir des conditions particulières et certaines règles spéciales de protection en matière commerciale, en donnant à ses nationaux des droits qui demeurent interdits aux étrangers, tant qu'ils ne leur ont pas été communiqués par des traités. Sans doute, le législateur le peut, mais doit-il le faire, et l'a-t-il fait? Le droit d'aubaine que Dupin rappelle ne témoigne pas pour sa thèse. Jusqu'à la révolution, le droit de recueillir et de transmettre ses biens par hérédité était universellement considéré comme un droit civil; l'Assemblée Constituante proclama, à la suite de Montesquieu, que c'était un droit de l'*homme*. C'était une de ces idées que les auteurs du code Napoléon trouvaient trop généreuses, ils refusèrent à l'étranger le droit d'hérédité, à moins qu'un traité de réciprocité ne l'accordât aux Français. Quelques années se passent et le principe du code civil est abandonné en France, puis en Belgique et dans les Pays-Bas. Ainsi un droit, regardé comme essentiellement civil pendant des siècles, finit par devenir un droit naturel! C'est un démenti donné à la théorie dont Dupin se fait l'interprète; les législateurs qui ont aboli le droit d'aubaine n'ont eu qu'un tort, c'est de maintenir la fausse théorie des droits civils après l'avoir répudiée dans son application la plus importante. De là

les embarras inextricables que révèle le débat auquel nous assistons.

Parmi les droits réputés civils, on comprend généralement les marques de fabrique. Dupin soutient que le prétendu *nom commercial* dont on voudrait faire une propriété spéciale en l'attribuant à toute personne, n'est, en réalité, qu'une marque de fabrique. Ici il y a erreur, le nom peut être une marque, mais il n'est pas nécessairement une marque; le nom est une vraie propriété, tandis que la marque ne constitue pas une propriété industrielle; j'y reviendrai. Dupin conteste même que les noms soient de droit naturel : « Un homme réduit à l'*état de nature*, et vivant dans l'*isolement*, ne porterait aucun nom. Les noms ne sont nés que de l'*état social* et de la nécessité qu'ont éprouvée les hommes vivant à côté les uns des autres de se distinguer entre eux par des désignations individuelles. » Voilà bien les légistes et leurs préjugés traditionnels! Qu'est-ce que cet *isolement* dans un prétendu *état de nature*, antérieur à l'*état social*? Une chimère mise en honneur par Rousseau et qui continue à traîner comme un lieu commun dans les réquisitoires. On voit dans quel monde étroit sont renfermés les gens de loi qui ne connaissent que la tradition; la tradition devient une routine qui les aveugle.

Dupin, confondant le nom avec la marque de fabrique, arrive à la conclusion que le nom commercial est un droit civil; car c'est un droit qui n'a rien de primitif et d'immuable, un droit qui ne doit son existence qu'à la volonté *arbitraire*, *changeante* et *variable* du législateur. Si l'on demandait au procureur général de nous dire quels sont ces droits immuables et primitifs que l'on appelle droits naturels? Je viens de citer le droit héréditaire, considéré longtemps comme droit *civil*, puis rangé parmi les droits de l'*homme* pour redevenir ensuite un droit *civil*, enfin, changeant de nouveau de caractère et rangé parmi les droits naturels dont l'étranger jouit sans réciprocité aucune. N'est-ce pas une preuve palpable que l'opposition du droit immuable et du droit variable est une illusion et un préjugé? Le droit, comme toutes les manifestations

de l'activité humaine, est progressif; le progrès s'accomplit lentement, péniblement, parfois avec des vicissitudes de recul, mais il finit par devenir définitif.

Dupin s'associe à tous les préjugés traditionnels. On l'a vu soutenir contre les économistes la justice et la convenance de la loi qui limite l'intérêt. Il partage jusqu'aux passions populaires en se joignant au pourvoi pour attaquer l'égoïsme anglais. Est-ce que par hasard l'article 11 est un témoignage de la générosité française? Dupin reproche aux Anglais d'être peu disposés à entrer dans la voie de la réciprocité ouverte par cet article. « Ainsi, en France, tout étranger peut acquérir et posséder des immeubles, tandis que le droit anglais, implacable sur ce point, ne permet pas aux étrangers d'acquérir aucune parcelle du sol de l'Angleterre. Les Anglais n'ont voulu abolir le droit d'aubaine que pour les meubles seulement, et nous, nous l'avons aboli d'une manière générale; même sans condition de réciprocité. » Dupin ne se demande pas pourquoi le droit anglais est si exclusif; c'est moins égoïsme qu'attachement à la tradition; il a fallu une révolution en France pour briser ces chaînes : encore ne sont-elles pas tout à fait rompues, et Dupin en est une preuve vivante. Il se plaint amèrement de la contrefaçon littéraire, et il a raison; mais il se trompe singulièrement en croyant que le seul moyen pour l'industrie française de se défendre, c'est d'user de représailles contre l'étranger. Ce sont les derniers mots de son réquisitoire et ils ont peut-être engagé la cour de cassation dans cette voie d'étroite jalousie que l'on reproche aux Anglais. Eh bien! Dupin s'est trompé sur tous les points. Les Anglais ont abandonné en 1870 leur vieux droit féodal qui ne permettait pas à l'étranger d'acquérir une parcelle du sol, ni entre-vifs, ni à cause de mort. Et après que la France avait vainement engagé les nations étrangères d'abolir la contrefaçon par des traités, un décret l'abolit sans réciprocité, ce qui amena de nombreuses conventions internationales portant abolition de la piraterie littéraire. Est-ce que l'usurpation de nom est un fait plus licite que la violation de la propriété littéraire?

La cour de cassation donna raison au procureur général contre son rapporteur (1). Elle pose en principe que les étrangers ne jouissent en France que des droits civils réciproquement accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle ils appartiennent, et qu'il n'y a d'exception à cette règle générale que dans les cas déterminés par une loi expresse. Le principe est incontestable, puisqu'il est écrit dans l'article 11 du code Napoléon. Mais l'application que la cour en fait est très douteuse. Le nom commercial est-il un droit civil? La cour cite la loi du 28 juillet 1824, mais cette loi est relative aux marques de fabrique plutôt qu'à la propriété du nom, et le nom commercial ne se confond pas avec ces marques. La doctrine de la cour conduit à une conséquence que le sens moral réprouve : la loi n'a en vue que de protéger l'industrie nationale. Est-ce protéger l'industrie nationale que de permettre à des fabricants français de s'approprier le nom d'un fabricant anglais pour lui enlever sa clientèle? Le vol devient donc un moyen licite d'exercer l'industrie!

Le traité du 10 mars 1860 et les conventions diplomatiques du 30 mars 1862 intervenues entre la France et l'Angleterre mirent fin à cet état de guerre qui est une honte pour les nations civilisées. Ces conventions n'ont pour objet que les marques de fabrique. On aurait donc pu soutenir qu'elles sont inapplicables à l'usurpation de nom. La cour de cassation ne s'est pas arrêtée devant cette objection; un arrêt de 1870 a décidé que les dispositions concernant les marques de fabrique devaient être étendues virtuellement et par analogie à l'usurpation du nom d'un fabricant ou de la raison commerciale d'une fabrique (2). C'est une décision plus libérale que celle des chambres réunies de 1848. J'aime à le constater : l'esprit de routine fait place à une plus saine intelligence des besoins de la société. Mais si Dupin avait encore occupé le siége de procureur général n'aurait-il pas pu réclamer,

(1) Cassation, 11 juillet 1848 (Dalloz, 1848, 1, 140).
(2) Rejet, chambre criminelle, 27 mai 1870 (Dalloz, 1871, 1, 180).

en vertu de la tradition française consacrée par l'article 11 du code Napoléon, contre ces innovations téméraires? Et je n'oserais pas nier que son interprétation eût été la plus juridique. Il y a incohérence dans la législation française : les lois nouvelles sont conçues dans un nouvel esprit, tandis que le code civil reproduit la tradition étroite et haineuse de l'ancien droit, alors que l'extranéité était une *macule*.

355. La question débattue en 1848 devant les chambres réunies de la cour de cassation de France s'est reproduite en 1876 devant la cour de cassation de Belgique. Il s'agissait aussi de savoir si le nom est une propriété que le commerçant étranger peut réclamer, ou si c'est un droit civil qui ne peut être exercé que par un Belge. La cour de Bruxelles s'était prononcée contre le fabricant étranger en se fondant sur l'interprétation que la cour de cassation de France avait consacrée en 1848. Le code pénal belge (art. 191) reproduit la loi française du 28 juillet 1824 : n'est-il pas naturel de croire qu'il la reproduit avec le sens que lui donnait l'arrêt des chambres réunies? En conséquence, la cour de Bruxelles décida que l'article 191 ne protége que l'industrie nationale; que le droit qu'il crée est purement civil, que l'étranger n'y participe pas, à moins qu'il n'ait obtenu la jouissance des droits civils, en s'établissant, en Belgique, avec autorisation du roi, ou par des conventions diplomatiques, conformément à l'article 11 du code Napoléon. Pourvoi en cassation. L'interprétation consacrée par l'arrêt attaqué répugnait au jeune magistrat qui occupait le siége du ministère public. « Ainsi, dit M. Mesdach, après les progrès réalisés par notre législation, après avoir renversé les barrières qui nous confinaient dans un isolement regrettable, nous serions réduits à faire aux nations qui nous entourent cet aveu désolant : Si l'on vous avait dérobé votre bourse, votre honneur, votre crédit, ou seulement la moindre production de votre intelligence dans le domaine artistique ou littéraire, nous nous empresserions de vous accorder la même protection qu'à nos nationaux; mais il ne s'agit que de votre *nom*, et quoiqu'il vaille peut-être tout un

patrimoine, pour lui nous ne pouvons rien, il n'y a de protection ici que pour l'industrie nationale, vous n'êtes pas des nôtres. »

Cependant, dès 1824, Chaptal disait à la chambre des pairs : « Il n'y a pas de propriété plus sacrée que le nom d'un fabricant qui, par un travail assidu, une conduite sans tache et des découvertes utiles, s'est placé parmi les bienfaiteurs du pays. » Si le nom est une propriété, n'en faut-il pas conclure qu'il doit être respecté et protégé partout ? Qu'importe que les auteurs de la loi française n'aient eu en vue que l'industrie française? Il faut voir non ce que l'on pensait en 1824, mais ce que l'on pensait en 1867. « Est-ce que dans ce long intervalle l'esprit public a sommeillé? La civilisation est-elle demeurée stationnaire, et notamment notre législation économique n'a-t-elle pas subi une transformation fondamentale? » Si, comme le dit la cour de Bruxelles, les auteurs de notre code pénal n'ont pu ignorer la jurisprudence de la cour de cassation, fixée par un arrêt rendu chambres réunies, après une lutte mémorable entre le conseiller rapporteur et le procureur général, le législateur belge n'a pu ignorer non plus que cette jurisprudence a rencontré une opposition presque unanime dans la doctrine. Fœlix, qui le premier en France a traité les questions si importantes du droit international privé, a dit : « Nous regarderions la sanction définitive de la doctrine de la cour de cassation comme une calamité de plus à ajouter à celles qu'une législation et une jurisprudence étroites ont déjà attirées à la France en provoquant des mesures de rétorsion dans les pays étrangers contre l'industrie française (1). » Demolombe se refusait à croire que tel fût le sens de la loi de 1824, puisqu'il en résulterait que l'on pourrait prendre aux fabricants étrangers tout ce qui constitue l'individualité, la personnalité, leur raison sociale et jusqu'à leur nom propre (2)! Serrigny dit que l'industrie dont l'étranger transporte l'exploitation en France devient véritablement française

(1) Fœlix, *Traité de droit international privé*, t. II, n° 607
(2) Domolombe, *Cours de code civil*, t. I, n° 246 *bis*.

et lui donne droit à la protection des lois françaises (1). Massé, dont l'autorité est si grande dans les matières commerciales, abonde dans ces idées (2). Or, en 1867, on faisait en Belgique une loi nouvelle, on innovait : était-ce le cas de rétrograder jusqu'au dix-septième siècle en protégeant exclusivement l'industrie belge, sans tenir compte des protestations de la science contre cette conception aussi fausse qu'étroite? Le progrès réalisé dans le domaine des idées était passé dans la pratique quand on prépara en Belgique un nouveau code pénal. Ce n'était rien moins qu'une révolution économique. Le décret du 28 mars 1852 sur la propriété littéraire donna un démenti à l'esprit étroit qui entraîna la cour de cassation en 1848 : plus de représailles contre la piraterie littéraire; à une guerre déloyale, le législateur français répondait par un décret que l'on peut comparer au décret célèbre de l'Assemblée Constituante qui abolit le droit d'aubaine sans réciprocité aucune; de même le décret de 1852 offrit sa protection à tout auteur d'une œuvre littéraire ou artistique, alors même qu'il aurait publié son travail en pays étranger et sans exiger la réciprocité. En 1857, le législateur français régla la matière des marques de fabrique dans un esprit également libéral. Puis vint, en 1861, la plus grande de toutes les réformes; l'adoption du principe de libre échange qui transforma les relations commerciales par les nombreux traités qui répudièrent définitivement le vieux système de protection égoïste, disons mieux hostile.

L'organe du ministère public se demande pourquoi les lois et les traités passent sous silence l'usurpation du nom commercial, tandis qu'ils protégent avec sollicitude les marques de fabrique. M. Mesdach répond, et la remarque est importante, que la différence est considérable entre la marque de fabrique et le nom. La marque est un signe artificiel, arbitraire, un emblème, un dessin emprunté à l'ordre de la nature qui appartient au domaine de tous;

(1) Serrigny, *Droit public*, t. I[er], p. 252.
(2) Massé, *Revue de législation*, 1844; novembre, p. 285.

pour entrer dans le domaine particulier d'un fabricant, il faut que cette espèce d'occupation soit constatée par une déclaration formelle; ce n'est qu'à cette condition qu'elle peut devenir un droit exclusif. Il n'en est pas de même du nom; nous le tenons de notre naissance, il est dans notre sang; toute déclaration est inutile : conçoit-on que l'homme dépose son nom dans un secrétariat quelconque pour s'en assurer la propriété, alors qu'il est inscrit dans un registre authentique au moment où il prend place dans la société humaine? Dans l'ordre civil, notre nom est protégé comme notre personne et nos biens, parce qu'il est notre propriété. N'en doit-il pas être de même dans l'ordre commercial? Et l'étranger n'a-t-il pas droit à son nom, écrit dans son sang, aussi bien que l'indigène? Peut-il être question ici d'une différence de nationalité?

La cour de cassation consacra la doctrine si bien défendue par l'organe du ministère public. Tout commerçant, dit la cour, a la propriété exclusive de son nom ou de sa raison commerciale. Cette propriété, est un des droits qui appartiennent à l'homme comme tel, et que notre Constitution protége sans distinction entre l'étranger et le Belge (art. 128). L'article 191 du code pénal doit être interprété dans le même sens : il n'y a rien dans le texte qui nous autorise à restreindre la protection qu'il accorde, il est général comme l'est la propriété, qu'il garantit contre l'usurpation. C'est plus qu'une propriété ordinaire d'un objet mobilier ou d'un immeuble. Le fait d'apposer sur un objet fabriqué le nom d'un fabricant autre que celui qui en est l'auteur est non seulement une atteinte à la propriété de celui dont le nom a été usurpé, mais encore un délit contre la foi publique, c'est-à-dire une altération de la vérité portant sur certains signes qui commandent la confiance de tous. Il s'agit donc moins d'un délit particulier, lésant un individu, que d'un délit contre la foi publique; c'est ainsi que notre code pénal considère l'usurpation du nom. Or, il est de l'essence de ces délits de tomber sous l'application de la loi pénale, quelle que soit la personne dont le nom a été usurpé pour tromper les tiers : la natio-

nalité est ici hors de cause; on doit considérer uniquement la foi trompée (1).

356. Les marques de fabrique sont des signes quelconques, le plus souvent arbitraires, qu'un fabricant met sur ses produits pour en indiquer l'origine et la provenance. Elles n'ont pas pour objet d'assurer au fabricant un droit exclusif à la fabrication de certains produits, mais de faire reconnaître les produits qu'il a fabriqués et de les distinguer des autres de même nature. Il y a donc une différence essentielle entre les marques de fabrique et les inventions constatées par un brevet. Les marques de fabrique ne sont pas une invention, une création qui puisse constituer une propriété industrielle. Toutefois il importe aux fabricants que les marques qui distinguent leurs produits ne puissent être adoptées par d'autres industriels. Rien ne serait plus facile, et même, à certains égards, plus légal. Une figure géométrique ne devient pas, par droit d'occupation, la propriété de celui qui, le premier, s'en sert pour marquer ses produits; elle reste dans le domaine commun. Pour qu'elle devienne une propriété, il faut que la loi intervienne et détermine les conditions que le fabricant doit remplir afin d'empêcher que la marque qu'il a adoptée ne soit employée par un autre fabricant.

Il y a aussi une différence essentielle entre les marques de fabrique et le nom. Le nom que nous portons n'a rien d'arbitraire ni d'artificiel; il ne dépend pas de notre volonté. C'est Dieu qui nous le donne en nous faisant naître dans la famille dont le sang coule dans nos veines, et il ne nous appartient pas de le changer; cela ne peut se faire que par l'effet de la loi. On n'a jamais contesté que le nom fût la propriété de celui qui le porte. Sans qu'il y ait une loi qui défende l'usurpation du nom distinctif d'une famille, les tribunaux ont toujours accordé leur protection à celui dont le nom est usurpé par une personne qui n'y a aucun droit. Du nom, on peut dire que c'est la propriété la plus naturelle, puisque c'est l'expression de notre indi-

(1) Cassation, 26 décembre 1876 (*Pasicrisie*, 1877, 1, 54).

vidualité (1). Aucune condition n'est requise pour la conservation de cette propriété; les lois prescrivent une formalité quelconque, un dépôt, pour constater et assurer la propriété littéraire; elles exigent un dépôt pour que le fabricant acquière la propriété de sa marque, et des conditions spéciales pour que l'inventeur obtienne un brevet d'invention; tandis qu'elles ne requièrent aucune formalité pour constater ni pour assurer la propriété du nom que nous portons, sauf l'inscription de notre acte de naissance sur le registre de l'état civil; encore cette inscription n'a-t-elle pas pour objet direct le nom; elle est destinée à prouver la filiation des enfants légitimes, et le fait de la naissance des enfants naturels.

La cour de cassation de France, dans son fameux arrêt de 1848, paraît confondre le nom avec la marque de fabrique; et la rédaction obscure de la loi française de 1824 favorise cette confusion. En matière civile, la distinction est d'évidence; chacun a son nom; les industriels seuls ont ou peuvent avoir une marque de fabrique. Ce qui prête à la confusion, c'est que le nom peut devenir une marque, mais par lui seul il n'est pas une marque. Le nom s'attache à la personne du commerçant, il lui appartient naturellement, sans qu'il doive en faire le dépôt pour conserver cette propriété; tandis que la marque de fabrique est arbitraire et varie selon les lieux, les temps et les exigences commerciales, et c'est précisément à raison de cette incertitude de la marque, que le législateur veut qu'elle devienne certaine et authentique. Toutefois le nom peut prendre le caractère d'une marque de fabrique; M. Pirmez dit, dans son rapport sur l'article 184 du code pénal, que le nom d'un fabricant, disposé en une certaine manière, constitue une marque de fabrique, après que le dépôt en est fait (2). Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de Bruxelles, le mot *Howe*, nom du fabricant, était reproduit en fonte sur les deux faces latérales des bras de la machine, et le mot également en fonte

(1) Bordeaux, 20 juin 1853 (Dalloz, 1854, 2, 34).
(2) Nypels, *Législation criminelle*, t. II, p. 213, n° 23.

en relief ou en creux, avait été déposé conformément à la loi ; dès lors le nom formait une marque de fabrique, et il était régi par les lois sur la matière, tandis que pour les noms il n'y a pas de législation spéciale (1).

357. La confusion du *nom* et de la *marque de fabrique* a peut-être contribué à compliquer la question de savoir si la propriété des marques de fabrique est de droit naturel ou de droit civil. En France, elle était controversée avant la loi de 1857. La jurisprudence, fidèle à l'esprit étroit du code Napoléon, était portée à étendre la notion des droits civils en restreignant à l'industrie nationale la protection que les lois accordent à la propriété industrielle.

On lit dans l'arrêt des chambres réunies de 1848 que les étrangers ne jouissent en France que des droits civils réciproquement accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle ils appartiennent, et qu'il n'y a d'exception à cette règle que dans les cas déterminés par une loi expresse. Or, la loi du 28 juillet 1824 a eu essentiellement en vue de protéger l'industrie nationale ; dès lors le droit de se prévaloir de cette protection constitue une faculté purement civile, dont l'exercice est subordonné, en ce qui concerne les étrangers, à la condition de réciprocité établie par les conventions diplomatiques (2). Ce serait manquer le but que le législateur s'est proposé, dit la cour dans un arrêt postérieur, si les industriels étrangers trouvaient en France, pour leurs intérêts privés, une protection refusée aux Français dans les pays auxquels ces industriels appartiennent (3).

Toutefois les nombreux arrêts de cassation que la cour suprême a rendus en cette matière témoignent contre son système, au moins pour ce qui concerne le principe. Chose remarquable, les tribunaux de commerce, composés d'industriels, se prononçaient régulièrement pour les fabricants étrangers. On lit dans un jugement du tribunal de commerce de Liége : « Le commerce est de tous les pays ; tout ce qui relève des rapports et des échanges entre les

(1) Bruxelles, 11 janvier 1877 (*Pasicrisie*, 1877, 2, 101).
(2) Cassation, 11 juillet 1848 (Dalloz, 1848, 1, 144).
(3) Cassation, 16 novembre 1857 (Dalloz, 1858, 1, 55).

peuples est placé sous la protection du droit des gens, dont l'un des premiers préceptes est que tout dommage fait à autrui exige une réparation de la part de celui qui l'a causé. » Dans l'espèce, il s'agissait d'une action en dommages-intérêts formée par un médecin de La Haye contre des industriels belges qui avaient contrefait sa marque et sa signature. Les contrefacteurs opposèrent à la demande, que la propriété d'une marque de fabrique est une création du droit civil, établie dans le but de favoriser les regnicoles, et dont les étrangers ne peuvent profiter que lorsqu'il jouissent des droits civils en Belgique, ou lorsqu'il existe des traités de réciprocité qui autorisent, dans le pays auquel l'étranger appartient, la répression de la contrefaçon. Le tribunal de commerce répond d'abord que le *nom* n'est pas une marque de fabrique, que le nom est une propriété reconnue par le droit des gens; que celui qui l'usurpe viole un droit naturel et doit être condamné à réparer le dommage qu'il a causé : « Ce principe tutélaire et d'équité, qui est de l'*essence même du négoce*, et qui doit être celui de toutes *lés nations civilisées*, ne peut être trop hautement proclamé et trop largement pratiqué; il est du devoir des tribunaux de commerce de le faire respecter, comme aussi de ne pas permettre que les consommateurs soient trompés par des spéculations que la bonne foi et l'équité réprouvent. »

Tel est le langage du commerce, que les lois, au dire de la jurisprudence, veulent exclusivement protéger. Nos commerçants ne veulent pas d'une protection qui aboutit à favoriser la mauvaise foi aux dépens de la propriété des fabricants étrangers. Voilà les mœurs en contradiction avec la loi; les légistes veulent protéger les industriels malgré eux. Il n'y a réellement de protégé que le honteux trafic qui vit de piraterie. Le jugement du tribunal de commerce fut réformé en appel, et je crois qu'il devait l'être, pour des motifs de droit; les contrefacteurs belges avaient contrefait la marque tout ensemble et le nom; le demandeur pouvait-il diviser son action et réclamer, pour usurpation de nom, des dommages-intérêts qu'il n'aurait pu obtenir pour usurpation de marques, celle-ci tenant au

droit civil, tandis que l'autre est une dépendance du droit des gens? En divisant son action, c'est-à-dire en la limitant au *nom*, il obtenait des dommages-intérêts qu'il n'aurait pu obtenir pour contrefaçon de la marque; la cour dit qu'elle ne peut pas sanctionner un détour employé pour éluder les prévisions de la loi (1). Au point de vue légal, elle a peut-être raison, mais la décision ne témoigne pas pour la légalité. Comme le dit si bien le tribunal de commerce, là où il y a fraude, il doit y avoir réparation. Qu'importe que dans le pays auquel appartient l'étranger on pratique la même fraude? La mauvaise foi, le vol et le pillage deviennent-ils légitimes à titre de représailles?

La même question s'est présentée devant la cour de Bruxelles et elle a reçu la même solution. Dans l'espèce, le sieur Farina, célèbre pour son Eau de Cologne, portait plainte contre des industriels belges qui avaient contrefait son nom et sa marque. Le tribunal de commerce repoussa l'action en termes assez crus, mais par cela même très caractéristiques. Un étranger qui a son établissement et son domicile en pays étranger peut-il se prévaloir en Belgique des lois qui assurent la propriété des marques de fabrique? Le tribunal répond qu'il résulte de l'esprit de la loi (2) et de son principal objet qu'elle n'a d'autre but que de protéger l'industrie du pays, d'où suit qu'elle ne peut être invoquée que par des regnicoles; que d'ailleurs, aucune loi n'interdit la contrefaçon des fabrications étrangères (3). Or, tout ce qui n'est pas prohibé est licite. Très vrai, seulement il faut ajouter que *summum jus, summa injuria*; et cet autre adage, *non omne quod licet honestum est*. C'est au législateur de veiller à ce que les lois soient en harmonie avec la moralité. Pendant des siècles, il est vrai, la morale internationale permettait ce que la morale éternelle défend; cela prouve combien les peuples étaient barbares et combien leur sens moral était vicié. Aujourd'hui les commerçants sont honteux de la protection que la loi accorde à la fraude, témoin le

(1) Liége, 5 juin 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 79).
(2) Loi du 22 germinal an XI.
(3) Bruxelles, 10 août 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 338).

jugement du tribunal consulaire de Liége. C'est un progrès moral auquel nous applaudissons de toutes nos forces. Que le législateur le prenne en considération!

358. La loi française du 23 juin 1857 a fait droit aux exigences de la justice. Elle ne considère plus la propriété des marques de fabrique comme un droit civil, dans le sens de l'article 11; les étrangers peuvent le réclamer en France, alors même qu'ils n'y auraient pas la jouissance des droits civils. Le droit de marque est donc une dépendance du droit des gens, la propriété d'une marque devient un droit. Voilà un nouveau progrès réalisé par la législation. J'ai écrit, dans mes *Principes de droit civil* : « Le nombre des droits civils va en diminuant; bientôt il n'y en aura plus! Chaque loi nouvelle fait un pas vers l'assimilation complète de l'étranger et du regnicole. » La loi de 1857 subordonne, il est vrai, le droit de marque à des conditions; il n'y a que ceux qui ont, en France, des établissements d'industrie et de commerce qui puissent revendiquer le droit à la marque qu'ils mettent à leurs produits; ils doivent de plus remplir les formalités prescrites par la loi. Mais ces conditions sont communes aux Français et aux étrangers. Si un étranger ou un Français ont un établissement hors de France, ils ne peuvent revendiquer, en France, la propriété exclusive de leurs marques que si, dans le pays où leurs établissements sont situés, des conventions diplomatiques ont admis la réciprocité pour les marques françaises. Cette condition de réciprocité, qui n'est pas exigée pour les œuvres littéraires et artistiques, tient au caractère factice de la marque; ce n'est pas une invention, c'est un signe arbitraire; le législateur reconnaît ce signe pour tous les établissements situés en France; quant aux établissements étrangers, fussent-ils possédés par des Français, il n'y a plus de motif de reconnaître leurs marques en France si à l'étranger on ne reconnaît pas les marques françaises. Toutefois, cette condition est encore un débris du vieux système de restriction et d'égoïsme national. Que la marque soit factice ou non, qu'elle appartienne à un établissement étranger ou français, elle devrait jouir de la protection de la

loi, en vertu de la bonne foi, qui est l'âme du commerce (1).

359. Des traités ont été conclus sur les bases dé la loi de 1857; tel est le traité de commerce entre la France et l'Angleterre du 23 janvier 1860. Il s'est présenté des difficultés dans l'application de la convention. La cour de cassation constate le changement radical que la nouvelle législation a consacré. La loi du 22 germinal an XI, dit-elle, ne protégeait que le commerce français, en ce qui concerne les marques de fabrique; tandis que la loi de 1857 protége également le commerce français et le commerce international. Le traité stipule que les sujets d'une des puissances contractantes jouiront, dans les Etats de l'autre, de la même protection que les nationaux, pour tout ce qui concerne la propriété des marques de commerce. Il suit de là, dit la cour, que les Anglais ont les mêmes droits en France que les Français, mais aussi ils ne peuvent avoir des droits plus étendus. Or, le Français ne peut revendiquer, en France, la propriété exclusive de la marque qu'il a déposée qu'autant qu'elle n'y est pas tombée dans le domaine public; par conséquent, il ne peut acquérir dans son pays la propriété exclusive d'une marque tombée dans le domaine public en Angleterre; ce serait méconnaître le principe de réciprocité, qui est la base du traité, puisqu'il ferait une concurrence déloyale au commerçant anglais, qui importerait en France un produit de même nature. Ce qui est vrai du Français s'applique aussi à l'Anglais, celui-ci ne pouvant avoir en France un droit plus étendu que les nationaux. De là cette conséquence qu'un Anglais ne peut pas, en faisant en France le dépôt prescrit par la loi, y acquérir la propriété exclusive d'une marque tombée dans le domaine public en son propre pays, puisqu'il ne jouit en France que de la protection accordée aux nationaux, et qu'il ne peut y avoir des droits plus étendus.

Dans l'espèce, il s'agissait de la dénomination ou marque du *phospho-guano*. Il était constaté par le premier juge qu'en France et en Angleterre, la marque litigieuse

(1) Comparez Massé, *Revue de législation*, t. XXI, p. 285.

était tombée dans le domaine public; il en résultait que le fabricant anglais ne pouvait revendiquer la propriété exclusive en France, pas plus qu'un Français n'aurait pu la réclamer : l'Anglais ne pouvant jouir en France que de la même protection qui est accordée aux nationaux (1).

360. La Belgique a été régie jusqu'en 1879 par le décret du 22 germinal an XI, auquel il faut ajouter l'article 7 du décret du 11 juin 1809. Mais des conventions diplomatiques élargirent les règles étroites de l'ancienne législation française, en stipulant l'égalité des nationaux et des étrangers, sur les bases de la réciprocité. Ainsi le traité du 23 juillet 1862, sanctionnné par la loi du 31 août 1862, accorde aux Anglais, en Belgique, la même protection qu'aux nationaux pour tout ce qui concerne la propriété des marques de fabrique; mais le traité exige naturellement que les Anglais, pour acquérir la propriété de leurs marques en Belgique, y remplissent les formalités que les Belges doivent remplir; et il en est de même des Belges qui veulent acquérir en Angleterre la propriété de leurs marques, ils doivent se soumettre aux conditions sous lesquelles. en Angleterre, on acquiert la propriété des marques de commerce. En Belgique on exige un double dépôt, l'un au greffe du tribunal de commerce, et l'autre au secrétariat du conseil des prud'hommes; il faut ajouter que le fait matériel du dépôt ne suffisait point, il devait être fait dans les conditions légales. Dans une espèce jugée par la cour de Bruxelles, l'Anglais demandeur soutenait que le dépôt au conseil des prud'hommes n'était pas obligatoire; il se prévalait de ce qui se pratique en matière d'œuvres littéraires et artistiques. La convention conclue par la France et la Belgique, relativement à cette propriété (2), n'exige qu'un seul dépôt au tribunal de commerce; la raison en est peut-être que la propriété littéraire est étrangère à l'institution des prud'hommes. Toujours est-il que le traité de 1862 entre la Belgique et l'Angleterre prescrit les deux dépôts; en effet, il y est dit

(1) Rejet, chambre criminelle, 23 mai 1874 (Dalloz, 1875, 1, 138).
(2) Traité du 1er mai 1861, approuvé par la loi du 27 mai 1861.

que les Anglais ne peuvent revendiquer en Belgique la propriété exclusive d'une marque que pour autant qu'ils se sont conformés aux lois et règlements en vigueur en Belgique; ils ont les mêmes droits que les Belges, mais ils ont aussi les mêmes obligations en ce qui concerne ces droits ; dès lors le décret de 1809 leur est applicable, aussi bien que celui de l'an XI (1).

361. La loi du 1[er] avril 1879 a réglé la matière des marques de fabrique en abrogeant la législation antérieure. Je transcris l'article 6, le seul qui concerne le droit civil international : « Les *étrangers* qui exploitent en *Belgique* des établissements d'industrie ou de commerce jouissent, pour les produits de ces établissements, du bénéfice de la présente loi, en remplissant les formalités qu'elle prescrit.

« Il en est de même des *étrangers* et des *Belges* qui exploitent *hors de Belgique* leur industrie ou leur commerce, si, dans les pays où leurs établissements sont situés, des *conventions internationales* ont stipulé la *réciprocité* pour les *marques belges*. »

C'est le système de la loi française de 1857 (n° 357) : l'égalité entre les Belges et les étrangers et le *principe de réciprocité*, dans le cas où l'industrie et le commerce sont exploités hors de Belgique. J'appelle la réciprocité un principe que la loi établit; à vrai dire, c'est la doctrine de l'intérêt, et l'intérêt n'est pas un principe. Les travaux préparatoires ne nous apprennent pas les raisons pour lesquelles le législateur a exigé une réciprocité stipulée par traités, pour que les marques des établissements étrangers constituent une propriété en Belgique. Voici ce que je lis dans l'exposé des motifs : « L'article 6 étend le bénéfice de la loi aux étrangers qui possèdent en Belgique des établissements d'industrie ou de commerce. Il est, en effet, *équitable* de leur garantir la sécurité et la protection auxquelles ils ont *droit*, mais *seulement* pour les *produits de ces établissements*, en *échange* du *contingent* que leur *travail* et leurs *capitaux* fournissent à la *richesse* et à l'*acti-*

(1) Bruxelles, 27 octobre 1876 (*Pasicrisie*, 1877, 2, 99).

vité du *pays.* » Voilà un singulier *droit!* Je croyais que la propriété avait pour fondement la justice; et le législateur belge nous dit qu'elle repose sur l'intérêt. La loi dit à l'étranger : « Je reconnais votre propriété, mais à condition qu'elle nous soit profitable. » Ce n'est pas là un *droit*, c'est une spéculation.

L'exposé des motifs continue : « La même *faveur* doit-elle être accordée, *sans réserve*, aux établissements industriels ou commerciaux situés hors du pays, et exploités soit par des étrangers, soit par des Belges? Le projet de loi subordonne l'*octroi* de cette *faveur* à la condition de la *réciprocité internationale* : il n'accorde le bénéfice de cette législation aux établissements situés en pays étrangers que pour autant que des *garanties équivalentes nous soient offertes en retour*, et qu'une *réciprocité réelle* ait été stipulée dans une *convention diplomatique*, comme *cela est déjà établi dans beaucoup de pays.* » L'Assemblée Constituante n'a pas attendu *des conventions diplomatiques* pour reconnaître à l'étranger le droit de transmettre et de recueillir une hérédité; et le président de la république française consacra le droit de propriété littéraire, alors que la piraterie était exercée partout aux dépens de la France. J'aurais voulu que le législateur belge s'inspirât de cette glorieuse tradition, au lieu de s'appuyer sur des lois qui la désertent. *Ce qui est établi en beaucoup de pays* n'est pas une raison; il faut dire les motifs qui justifient ce qui se fait ailleurs, et ce que l'on imite. Et ces motifs, je les cherche en vain dans les travaux préparatoires.

N° 3. DU DROIT D'AUBAINE.

362. L'étranger peut être propriétaire. Ce droit ne lui a jamais été contesté en France. Étant propriétaire, il devait avoir tous les droits que les lois attachent à la propriété; en effet, la propriété n'est pas un droit abstrait, elle donne au propriétaire certaines facultés qui constituent l'essence de son droit. C'est ce que dit la définition que le code Napoléon en donne (art. 544) : « La propriété est le droit de *disposer* des choses de la manière la plus absolue. » C'est

surtout la faculté de disposer qui constitue l'essence de la propriété, personne n'a ce droit que le propriétaire; mais aussi il doit l'avoir, sinon il n'est pas propriétaire. Telle était cependant la condition de l'étranger dans l'ancien droit français : il était propriétaire, il pouvait disposer entre-vifs, mais il ne pouvait pas transmettre ses biens à cause de mort, ni par succession, ni par testament; à sa mort ses biens étaient dévolus au fisc. En ce sens on disait de l'étranger qu'il vivait libre et qu'il mourait serf. Celui qui meurt serf ne vit pas libre, car il ne jouit pas du droit qu'a l'homme libre de disposer des fruits de son travail; et ce qui nous excite au travail, c'est le désir et la volonté de transmettre nos biens à ceux qui nous sont chers.

Quel était le fondement de l'incapacité qui frappait l'étranger? J'ai exposé, dans le cours de ces Etudes, la doctrine de Pothier : c'est la théorie traditionnelle des droits civils. Les successions et les testaments sont un droit civil; l'étranger n'a pas la jouissance du droit civil, il jouit seulement du droit des gens : donc il ne peut transmettre ses biens à cause de mort. Par la même raison on le déclarait incapable de recueillir une hérédité. On est étonné d'entendre Domat, jurisconsulte philosophe, justifier cette exclusion, en invoquant l'ordre *naturel* qui distingue la société des hommes en divers Etats, royaumes et républiques. Ainsi le droit *naturel* doit justifier une incapacité qui viole le droit naturel! Cela prouve combien la distinction des droits civils et des droits naturels est arbitraire, disons mieux, fausse. Je l'ai prouvé (1), et en ce qui concerne le droit de transmettre ou de recueillir une succession, cela ne fait point de doute. Il importe cependant de constater les vicissitudes diverses qu'a éprouvées le droit connu sous le nom de droit d'aubaine. Elles témoignent contre la notion même des *droits civils*, et tel est l'objet de l'Etude que je consacre aux droits des étrangers. Il faut ruiner la fausse doctrine des droits civils, jusque dans ses fondements : ce n'est qu'à cette condition qu'il peut y avoir un droit civil international.

(1) Voyez le tome Ier de ces Etudes, p. 22, nos 6 et 7, et le t. II, p. 16, nos 4-11.

363. On appelle ordinairement *droit d'aubaine* l'ensemble des incapacités qui frappaient les étrangers en ce qui concerne le droit de transmettre et de recueillir une succession. Cela n'est pas exact; et comme le législateur français s'y est lui-même trompé à plusieurs reprises, il faut redresser l'erreur.

Dans l'ancien droit, lorsqu'un étranger mourait, sa succession n'était pas transmise à ses héritiers, quand même ils étaient Français; dans la rigueur du droit, les enfants mêmes d'un étranger ne succédaient pas aux biens délaissés par leur père, quoiqu'ils fussent Français; on finit par se relâcher de cette barbarie, et on admit à la succession de l'étranger les enfants qui avaient la qualité de regnicoles. Les biens de l'étranger étaient recueillis par l'Etat, parce que légalement il ne pouvait pas avoir d'héritier : c'est ce droit de l'Etat qu'on appelait *droit d'aubaine*.

Autre était la question de savoir si les étrangers pouvaient recueillir les successions de leurs parents français; ils en étaient aussi incapables, mais ce n'était pas en vertu du droit d'aubaine, car ces successions n'étaient pas dévolues au fisc; les Français avaient la capacité de transmettre leurs biens à leurs héritiers; si parmi ces héritiers il y avait des étrangers, ils étaient exclus à cause de leur extranéité; mais leur part ne revenait pas à l'Etat, elle était recueillie par les autres héritiers français; donc, il n'y avait pas lieu, dans ce cas, au droit d'aubaine (1).

Ainsi l'incapacité de l'étranger avait des effets différents, suivant qu'il s'agissait de transmettre leur succession, ou de recueillir une succession; dans le premier cas, les biens appartenaient à l'Etat, à titre de droit d'aubaine; dans le second, ils étaient recueillis par les cohéritiers français. Néanmoins le principe de l'incapacité était le même, dans l'une et l'autre hypothèse. Pourquoi les biens de l'étranger étaient-ils dévolus au fisc? Parce que la transmission des biens à cause de mort était un droit

(1) Valette, sur Proudhon, *Traité des l'état des personnes*, t. Ier, p. 169 et suiv.

civil dont l'aubain était exclu. Et pourquoi l'étranger ne pouvait-il pas recueillir l'hérédité de son parent français? Parce que recueillir une succession était un droit civil; donc, par identité de raison, l'étranger en était exclu. De là la confusion assez naturelle entre l'incapacité de transmettre l'hérédité, le droit d'aubaine proprement dit, et le droit de recueillir une hérédité. C'était, en définitive, une seule et même incapacité qui frappait l'étranger : l'exclusion du droit civil français.

364. L'Assemblée Constituante déclara, par le décret du 6 août 1790, que le droit d'aubaine était aboli. Quel est le droit que l'Assemblée entendait abolir? Le texte du décret ne parlait que du droit d'aubaine, donc de l'attribution au fisc des biens délaissés par l'étranger en France. Il n'était pas question de l'incapacité de recueillir les biens d'une succession à laquelle l'étranger était appelé comme parent; ces biens n'appartenaient pas à l'Etat par droit d'aubaine, donc l'incapacité de les recueillir n'était pas comprise dans le décret qui abolissait le droit d'aubaine. L'Assemblée Constituante combla la lacune par un nouveau décret du 8 avril 1791, qui permit aux étrangers de recueillir les successions délaissées en France par leurs parents étrangers ou français. Le même décret donna aux étrangers le droit de disposer de leurs biens par tous les moyens que la loi autorise : cela concernait le droit de tester, que les étrangers n'avaient point dans le système des droits civils. Je dirai plus loin qu'on leur reconnaissait le droit de donner entre-vifs.

Les deux décrets étaient inspirés par le même sentiment. Il est probable qu'en abolissant le droit d'aubaine, l'illustre assemblée entendait abroger toutes les incapacités qui frappaient les étrangers comme tels; au fond, elle répudiait la doctrine traditionnelle qui divisait, sous le rapport des droits privés, le genre humain en Etats séparés, ennemis. Le magnifique préambule qui précède le premier décret atteste que telle était la pensée de la Constituante. Elle fait appel aux *droits de l'homme* et à la *fraternité* qui doit les lier *tous*, quels que soient leur *pays* et leur *gouvernement* ; c'était dire qu'il n'y avait plus

d'étrangers, en tout ce qui concerne la jouissance des droits privés. Mais le langage philosophique du préambule n'était pas en harmonie avec le texte du décret; celui-ci n'abolissant que le droit d'aubaine, il en résultait que l'incapacité de l'étranger de recueillir une hérédité en France subsistait; ce qui le prouve, c'est que l'Assemblée Constituante fut obligée de porter un nouveau décret pour affranchir les étrangers de cette incapacité.

La cour de cassation se prononça en ce sens, dans une affaire qui soulevait la difficulté. Une succession s'était ouverte dans l'intervalle entre le décret de 1790 et le décret de 1791. Un étranger y était appelé avec des héritiers français : pouvait-il succéder? Non, dit la cour, car lors de l'ouverture de l'hérédité, le droit d'aubaine était à la vérité aboli, mais l'incapacité de recueillir une succession ne fut abolie que par le décret de 1791 ; donc l'étranger était exclu comme incapable, et les biens étaient dévolus exclusivement aux héritiers français (1).

365. Le décret de 1790 abolit le droit de détraction. J'ai dit, dans le cours de ces Etudes, ce que l'on entendait par là. Un excellent jurisconsulte remarque que le droit de détraction n'avait aucun rapport avec le *droit d'aubaine*. Cela est vrai si l'on prend ce mot dans son sens propre; les biens de l'étranger étant attribués au fisc, il ne pouvait être question de payer un impôt pour les exporter, or le droit de détraction était un impôt auquel les étrangers étaient assujettis lorsqu'ils voulaient transporter hors de France le produit des successions qu'ils y avaient recueillies (2); c'est ce qu'on appelle en Allemagne la *gabella hereditaria*. En France, les étrangers étaient incapables d'hériter, tandis qu'en Allemagne, la constitution de l'empereur Frédéric II les déclarait habiles à transmettre et à recueillir des biens à cause de mort. Ducaurroy a donc tort de dire que ce droit, d'origine germanique, était inconnu en France, et qu'il n'y a été admis qu'au dix-septième siècle, à titre de rétorsion contre les Etats qui

(1) Arrêt de rejet, du 2 prairial an IX (Guichard, *Traité des droits civils*, p. 203 et suiv.

(2) C'est ce que dit l'arrêt de la cour de cassation du 2 prairial an IX.

l'exercaient au préjudice des Français(1). Le droit de détraction était bien moins barbare que le droit d'aubaine que l'on pratiquait en France, puisqu'il impliquait que les étrangers étaient admis à succéder en Allemagne, et tenus seulement à payer un impôt; tandis qu'en France, ils étaient exclus, et ne succédaient qu'en vertu d'un traité de réciprocité ou d'une loi de faveur.

366. Le code civil revint à la tradition des droits civils dont l'étranger est exclu. L'article 11 formule la doctrine de Pothier et de Domat : « L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou qui seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra. » Pour justifier ce retour au passé, on dit que l'Assemblée Constituante, en abolissant le droit d'aubaine sans condition de réciprocité, avait espéré que les autres peuples suivraient l'exemple que la France leur donnait. Il n'en fut rien : de là résulta que les Français n'étaient pas admis à succéder à l'étranger, tandis que les étrangers étaient admis à succéder en France. Cela parut injuste au gouvernement consulaire. Pour forcer les autres nations à accorder aux Français la jouissance des droits civils et notamment du droit héréditaire, les auteurs du code établirent, dans l'article 11, le principe de réciprocité. Je renvoie aux explications que j'ai données dans le cours de ces Etudes (2). Au titre des Successions, le législateur en fit l'application au droit civil le plus important : L'article 726 est ainsi conçu : « Un étranger n'est admis à succéder aux biens que son parent, étranger ou Français, possède dans le territoire de l'Empire, que dans les cas et de la manière dont un Français succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger, conformément aux dispositions de l'article 11. » Pour compléter l'incapacité de l'étranger, l'article 912 décida que « l'on ne pourrait disposer au profit d'un étranger que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un Français ».

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire du code civil*, t. Ier, p. 33, n° 56.
(2) Voyez le tome II, p. 31, § II, nos 12-17.

On demande si le code Napoléon rétablit le droit d'aubaine. Au moment où le code fut discuté, on n'en faisait aucun doute. Rœderer, dans son rapport sur le droit d'aubaine et les traités qui l'abolissaient, s'exprime comme suit : « Depuis les décrets de 1790 et de 1791, tout étranger, sans habiter la France, peut recueillir en France la totalité d'une succession à lui laissée en France, soit par un étranger, soit par un Français, soit que l'Etat auquel appartient cet étranger fasse jouir ou non les Français de la réciprocité. Maintenant les rédacteurs du projet de code civil proposent de changer cet ordre de choses en disposant que l'étranger jouit en France des droits civils qui sont accordés au Français par les traités faits avec la nation à laquelle cet étranger appartient. Cette proposition est opposée au système de l'Assemblée Constituante; elle tend à rétablir, au profit du domaine de la république : 1° le *droit d'aubaine* à l'égard de tout sujet d'un pays où ce droit ne serait pas aboli à l'égard du Français; 2° le droit de détraction à l'égard de tout sujet d'un pays étranger où ce droit serait maintenu; 3° le *droit d'hériter du Français qui n'aurait pour héritiers naturels que des étrangers*; 4° la proposition tend à rétablir l'exclusion d'un héritier étranger au profit des parents français pour la succession d'un Français (1). »

Proudhon s'exprime dans le même sens : « Lorsqu'un étranger appartient à un gouvernement avec lequel il n'y a point eu de traité qui permette aux Français d'y recueillir des successions, il est soumis à la loi de la réciprocité : c'est alors le gouvernement français qui recueille les biens, soit du Français qui ne laisse que des étrangers pour parents, soit de l'étranger qui, ayant des propriétés en France, ne laisse point de Français pour héritiers, *et en cela le fisc exerce ce que l'on appelle le droit d'aubaine* (2). »

Cela n'est pas tout à fait exact. Rœderer et Proudhon confondent, comme l'avait fait l'Assemblée Constituante,

(1) Rapport de Rœderer (Locré, t. I, p. 382 de l'édition belge).
(2) Proudhon, *Traité de l'état des personnes*, édition de Valette, t. Ier, p. 163 et suiv.

le véritable droit d'aubaine, avec l'incapacité de recueillir une succession pour cause d'extranéité. Le droit d'aubaine proprement dit attribue au fisc les biens laissés par un étranger en France, quand même il aurait des héritiers français, à moins que ce ne soient des enfants qui seuls excluent le fisc : l'étranger mourant serf ne pouvait avoir des héritiers, c'est par exception à la rigueur de cette incapacité que l'on permettait aux enfants de succéder à leur père. Le code Napoléon ne s'occupe pas de l'incapacité de transmettre ses biens par succession ; l'article 726 ne parle que de l'incapacité de recueillir une succession. Cette incapacité ne constitue pas le droit d'aubaine, car elle ne profite pas au fisc, elle profite aux cohéritiers français de l'étranger; c'est seulement quand il n'y a que des héritiers étrangers que la succession appartient à l'Etat, non par droit d'aubaine, mais par déshérence, à défaut d'héritiers capables (1).

Valette conclut de là que le code Napoléon ne rétablit pas le droit d'aubaine. En théorie, cela est vrai, mais il faut voir comment les choses se passent en fait. Un étranger possède des biens en France; dans l'ancien droit, il ne pouvait pas les transmettre à ses héritiers, français ou étrangers, sauf à ses enfants quand ils avaient la qualité de Français : voilà le droit d'aubaine. Sous l'empire du code Napoléon, l'étranger peut transmettre ses biens à ses héritiers français ; donc il n'y a plus de droit d'aubaine au profit de l'Etat, dit-on. Mais que devient la succession de l'étranger ? De parents français, le plus souvent il n'y en a pas ; donc les biens sont recueillis par l'Etat, et ils le sont parce qu'il s'agit de la succession d'un étranger qui régulièrement n'a pas de parents français. Un légiste français avoue que la dévolution des biens à l'Etat est une confiscation, mais il ne veut pas qu'on lui donne ce nom odieux (2). Pourquoi ne pas appeler les choses par leur nom ? Les interprètes français n'ont pas remarqué qu'en fait, et par suite d'un changement de législation, le

(1) Valette sur Proudhon, t. I, p. 169 et suiv.
(2) Sapey, *les Etrangers en France*, p. 163.

code Napoléon est plus dur et plus fiscal que l'ancien droit d'aubaine. Sous l'ancien régime, les enfants français succédaient à leur père étranger; or, ces enfants, nés d'ordinaire en France, étaient Français, en vertu du principe qui déterminait la nationalité par la naissance sur le territoire français; donc régulièrement l'étranger avait pour héritiers ses enfants. Tandis que, d'après le code Napoléon, l'enfant né d'un étranger en France est étranger et, à ce titre, incapable de succéder; et comme l'étranger n'a guère d'autres parents français, régulièrement la succession est recueillie par l'Etat. Ainsi, la confiscation qui, dans l'ancien régime du droit d'aubaine était l'exception, devient aujourd'hui la règle.

367. Les incapacités qui frappent l'étranger, en vertu des articles 726 et 912, étant abolies en France et en Belgique, le système du code Napoléon n'est plus que de l'histoire. Cela nous dispense d'entrer dans de grands développements en cette matière. Il importe cependant de constater l'état de la doctrine et de la jurisprudence sous l'empire du code civil : c'est la meilleure critique que l'on puisse faire du système de réciprocité qui trouve encore des partisans chez les jurisconsultes.

L'article 11, qui établit le principe de réciprocité, ne se contente pas de la réciprocité constatée par des lois, elle doit résulter de traités. C'est une aggravation de l'ancien droit qui n'était pas fondé sur le principe de réciprocité. Du nouveau principe résultèrent des conséquences très dures pour les étrangers. Des lettres patentes du 18 janvier 1787 admettaient les Anglais à succéder en France à leurs parents français, sans réciprocité aucune, la réciprocité étant impossible, puisque, d'après la *common law*, les étrangers ne pouvaient posséder la moindre parcelle du sol anglais, comme le dit Dupin. La cour de cassation a jugé que le code civil avait abrogé les lettres patentes de 1787, qui étaient une loi plutôt qu'un traité. En effet, les étrangers ne peuvent plus succéder en France qu'en vertu d'un traité de réciprocité; donc les Anglais étaient déchus du bénéfice de l'excep-

tion qu'un simple acte législatif avait introduite en leur faveur (1).

Une femme, Française d'origine, épouse un Anglais; elle devient étrangère, et par suite elle ne peut plus succéder en France à ses parents français. On objectait, dans l'espèce jugée par la cour de cassation, que la femme anglaise qui épousait un Français conservait le droit de succéder à ses parents anglais, quoiqu'elle devînt Française d'après le code civil, et l'on en concluait que, par réciprocité, la femme française qui épousait un Anglais devait jouir du même droit. La cour répond que l'étranger ne peut succéder en France quand même le Français serait admis à succéder dans le pays de cet étranger en vertu d'une loi; il faut un traité stipulant la réciprocité (2). Ainsi le système de réciprocité aggrava la rigueur de l'ancien droit et enleva le droit de succéder à ceux qui en jouissaient sous le régime de l'odieux droit d'aubaine.

368. D'après le code Napoléon, le simple fait de réciprocité ne suffisait point: aux termes de l'article 726, le traité devait admettre le Français à succéder *dans les cas* et de la *manière* dont l'étranger voulait succéder à son parent. La réciprocité devait donc être individuelle et complète. Cette condition était appliquée à la rigueur par la jurisprudence. Il en résultait que les étrangers se trouvaient exclus en France, quoiqu'il y eût des traités de réciprocité : si, à raison de la différence de législation, le Français n'était pas admis, dans un cas donné, à succéder en pays étranger, cela suffisait pour exclure l'étranger (3). Il est vrai que l'article 726 ne parle pas de *traité;* mais il renvoie à l'article 11, dont il n'est qu'une application; donc l'article 11 doit interpréter l'article 726. Tout le monde était d'accord sur ce point, et cela est d'évidence.

369. Il y avait quelque doute pour les dispositions à titre gratuit; l'article 912 se borne à exiger la réciprocité:

(1) Cassation, 16 avril 1819 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Succession*, n° 110, 1°).
(2) Même arrêt.
(3) Chabot, *Commentaire sur le titre des successions,* article 726, n° 3, et tous les auteurs. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Successions*, n° 111.

« On ne pourra disposer au profit d'un étranger que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un Français. » La réciprocité doit être individuelle, mais la loi n'exige pas qu'elle soit établie par un traité. Ce doute disparaît si l'on met l'article 912 en rapport avec l'article 11. C'est l'article 11 qui établit le principe, que l'article 912 ne fait qu'appliquer. La réciprocité par traité est un système, donc une règle générale qu'il faut toujours appliquer (1).

Il se présente d'autres difficultés en matière de donations et testaments. L'article 912 ne parle que de la faculté de recevoir par donation et testament; on ne peut pas *disposer* au profit d'un étranger; mais la loi ne dit pas que l'étranger est incapable de disposer au profit d'un Français. De là controverse. La question est de savoir si disposer à titre gratuit est un droit civil dans le sens de l'article 11. En ce qui concerne les testaments, il n'y a guère de doute : la faculté de tester a toujours été considérée comme dépendant du droit civil. C'est l'avis de Proudhon; Valette objecte que l'étranger, reconnu en France capable d'être propriétaire, est par cela même capable de disposer de ses biens de la manière la plus absolue, ce sont les termes de l'article 544, sauf dans les cas où une loi positive aurait dit le contraire (2). C'est mal raisonner : ce n'est pas l'article 544 qui décide la question de savoir quels actes un étranger peut faire, c'est l'article 11. De là suit qu'il ne faut pas de disposition spéciale pour exclure l'étranger de la jouissance d'un droit civil; la règle générale de l'article 11 suffit pour l'exclure de tout droit civil. La seule difficulté, et en principe elle est grande, consiste donc à savoir quel droit est civil; pour la faculté de tester, la solution n'est pas douteuse, la tradition française n'ayant jamais admis l'étranger à disposer de ses biens par testament.

(1) La jurisprudence et divisée. Voyez Dalloz, *Répertoire*, au mot *Donation*, p. 78, nos 1 et 2.

(2) Proudhon, *de l'Etat des personnes*, t. I, p. 164 et suiv. En sens contraire, Valette sur Proudhon, t. I, p. 168, note *a*. Il y a un arrêt en ce sens (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Donation*, n° 309).

La même question se présente pour la donation, et ici il y a quelque doute. Pothier décidait que l'étranger pouvait donner entre-vifs; je transcris le passage, parce que son autorité est décisive en ce qui concerne la tradition : « La donation entre-vifs étant du *droit des gens,* il s'ensuit que les personnes qui jouissent du droit des gens, bien qu'elles ne jouissent pas du *droit civil,* peuvent donner entre-vifs, quoiqu'elles ne puissent pas le faire par testament. La raison en est que le *testament* appartient *en entier* au *droit civil.* Le droit de tester ne peut, par conséquent, appartenir qu'aux citoyens pour qui la loi civile est faite; au lieu que, la donation entre-vifs étant *une convention,* elle est du *droit des gens,* auquel les aubains participent (1) ».

Il y a cependant une objection qui a entraîné Guichard (2). L'article 25 du code civil porte : « Il (le mort civilement) ne peut ni disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre-vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments. » A cela on répond par un autre doute. L'article 25 dit aussi que le mort civilement ne peut pas se marier, et néanmoins, le mariage est considéré comme un droit naturel. Le texte et les principes sont incertains. Quelle est, au fond, la différence entre la donation et le testament? Pourquoi l'une est-elle du droit des gens, et l'autre du droit civil? Ce qui prouve que cela n'est pas de l'essence de ces actes, c'est qu'aujourd'hui, en France et en Belgique, les testaments sont mis sur la même ligne que les donations, de sorte que l'étranger peut tester et donner ; et le code des Pays-Bas mettait les donations sur la même ligne que les testaments, de sorte que l'étranger ne pouvait ni donner ni tester. Quel chaos d'opinions contradictoires!

370. La loi du 14 juillet 1819 abolit le droit d'aubaine et le droit de détraction, et elle déclara, en conséquence, les étrangers capables de succéder, de disposer et de recevoir, de la même manière que les Français, dans

(1) Pothier, *Traité des donations entre-vifs*, sect. I, art. 1er.
(2) Guichard, *Traité des droits civils*, p. 19, no 17.

toute l'étendue du royaume. C'était revenir au système de l'Assemblée Constituante; les auteurs de la loi s'en défendirent. « Ce n'est pas par un mouvement de *générosité*, dit le garde des sceaux, que nous voulons effacer des différences relatives aux successions et aux transmissions de biens, c'est par *calcul.* » Par une singulière ironie du sort, cette loi de calcul porte la date de la prise de la Bastille. Boissy-d'Anglas avait dit, avec bien plus de vérité, que si les peuples doivent toujours faire ce qui leur est utile, Dieu a veillé, de son côté, à ce que la justice fût toujours profitable à ceux qui la pratiquent. Mettons que ce soit calcul. Les auteurs du code civil agissaient aussi par calcul; et n'était-ce pas par calcul que les anciens légistes réclamèrent pour le fisc les biens délaissés par les étrangers? Voilà les systèmes les plus contradictoires qui prennent appui sur l'intérêt: cela ne prouverait-il pas que rien n'est plus aveugle que l'intérêt qui prétend voir si clair?

Le législateur de 1819, qui répudiait toute solidarité avec l'Assemblée Constituante, comme si la générosité et la fraternité étaient des crimes, partageait cependant l'erreur où était tombé l'illustre Assemblée : la loi de 1819 abolit le droit d'aubaine, et il n'y avait plus de droit d'aubaine, proprement dit; elle abolit le droit de détraction, et il n'y avait plus de droit de détraction. L'usage avait prévalu sur la subtilité du droit; dans le langage ordinaire, on donne le nom de droit d'aubaine à toutes les incapacités qui frappent l'étranger en matière de succession. La confusion étant consacrée par le législateur lui-même, les interprètes en durent tenir compte : les traités se contentent d'ordinaire d'abolir les droits d'aubaine et de détraction. Si l'on prenait ces termes dans leur sens technique, il faudrait conclure que les étrangers peuvent transmettre leurs biens par succession, tandis que l'abolition de l'aubaine ne suffirait pas pour les affranchir de l'incapacité de recueillir les successions auxquelles ils seraient appelés; mais l'intention des parties contractantes va au delà des termes dont elles se servent ; elles entendent rétablir le droit de succéder entre leurs sujets,

c'est-à-dire, comme le dit la cour de cassation, que les traités qui abolissent le droit d'aubaine effacent toute incapacité résultant, en matière de succession, de la qualité d'étranger (1).

371. La Belgique suivit l'exemple de la France ; la loi du 27 avril 1865 remplaça les articles 726 et 912 par la disposition suivante : « Les étrangers ont le droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Belges, dans toute l'étendue du royaume. » Cette loi, de même que la loi française de 1819, suppose que le code Napoléon déclarait les étrangers incapables de disposer, c'est-à-dire de donner entre-vifs ou par testament, elles confirment donc l'interprétation rigoureuse que quelques interprètes donnaient à l'article 11.

La loi belge et la loi française portent que les étrangers ont le droit de succéder, de disposer et de recevoir de la *même manière* que les Français et les Belges. Que faut-il entendre par ces mots de la *même manière?* Voici l'interprétation généralement admise. Les nouvelles lois assimilent l'étranger au Belge; il suit de là que l'étranger succède en Belgique et en France, d'après le code Napoléon et non d'après la loi de son pays : les mots de la *même manière* signifient d'après les *mêmes règles* et par application de la *même loi*. Il n'y a pas à voir si notre loi sera favorable ou défavorable à l'étranger. Il succédera en Belgique et en France, alors même qu'il ne succéderait pas dans son pays; il y jouira donc du bienfait de l'*égalité*, alors que l'*inégalité* et les *priviléges* régneraient encore dans sa patrie. Par contre, l'étranger ne peut pas invoquer le *privilége* que lui donne la loi de son pays, lorsque le code civil ne reconnaît pas ce privilége (2). Il a été jugé, en conséquence, que le père étranger ne peut pas réclamer en France la totalité de la succession, en excluant l'aïeul maternel, quand même, d'après la loi de son pays, il aurait le droit de l'exclure (3). Les lois nou-

(1) Rejet, 9 juin 1825 (Dalloz, au mot *Droit civil*, n° 184).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. XIII, p. 280, n° 196. Comparez mes *Principes de droit civil*, t. VIII, p. 655, n° 553.
(3) Rejet, 21 juillet 1851 (Dalloz, 1851, 1, 266).

velles n'ont pas pour objet de créer au profit de l'étranger un *droit d'hérédité exceptionnel*, d'où il résulterait qu'il y aurait deux espèces de successions en France et deux lois différentes, l'une pour les indigènes, l'autre pour les étrangers; il n'y a qu'une loi, le code Napoléon, et ce code régit toutes les successions qui s'ouvrent en France.

La loi, ainsi entendue dérogerait aux principes qui régissent le droit civil international. Je suppose d'abord qu'il n'y ait pas de concours de parents étrangers et de parents regnicoles, Français ou Belges. Quel est le droit que donnent les lois nouvelles aux étrangers ? Ils étaient exclus, par le code Napoléon, du droit de succéder en Belgique où en France; le but des lois de 1819 et de 1865 est de les relever de cette incapacité; ils sont donc habiles à succéder en France et en Belgique; le droit de succession devient un droit naturel. D'après quelle loi succéderont-ils ? Cette question n'est pas décidée par les lois de 1819 et de 1865. C'est une question de statut; or; d'après le droit français, qui est aussi le nôtre, il faut distinguer les successions mobilières et les successions immobilières. L'article 3 du code Napoléon établit le principe que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Tout le monde admet que cette disposition s'applique aux successions immobilières, que l'étranger serait appelé à recueillir en France ou en Belgique. Pour les successions immobilières, il sera donc vrai de dire que l'étranger succédera d'après le code Napoléon, et non d'après sa loi nationale. Mais s'il est soumis à la loi française, c'est à raison du statut immobilier, tel le code Napoléon le détermine. Il en serait tout autrement si le législateur appliquait aux successions immobilières le statut personnel, c'est-à-dire national, de l'étranger : tel est le système du code italien. Supposons que le nouveau code civil des Belges consacre le principe du statut personnel pour les successions, il en résulterait que les étrangers succéderaient en Belgique d'après leur loi nationale, et non d'après la loi belge. Est-ce à dire qu'ils y jouiraient de tous les *priviléges* dont ils jouissent dans le pays auquel ils appartiennent ? La difficulté tient

de nouveau à une question de statut; si le privilége réclamé par l'étranger en Belgique était contraire à un principe de notre droit public ou social, on n'appliquerait plus le statut personnel de l'étranger, on suivrait la loi belge, parce que, dans ce cas, le statut territorial domine le statut personnel.

Notre solution se rapproche donc de l'opinion générale, quand la succession est immobilière, mais c'est en vertu d'un principe différent de celui que l'on invoque. Les lois nouvelles n'ont eu qu'un seul but, c'est de rendre les étrangers habiles à succéder en France et en Belgique; elles ne règlent pas l'ordre de succession. Si ces lois disent « de la *même manière* », cela veut dire que le *droit* est le *même* pour l'*étranger* que pour le *regnicole;* mais le droit égal n'implique pas l'unité de loi. L'étranger jouit aujourd'hui, en France et en Belgique, de presque tous les droits privés; mais il en jouit d'après son statut personnel, à moins que le droit qu'il réclame ne concerne le droit public ou social; dans ce cas, son statut personnel ou national cède devant le droit territorial. Ce même principe est applicable au droit de succession; et il n'y avait aucune raison d'y déroger, car les successions appartiennent au droit privé, comme je l'ai dit dans le cours de ces Etudes : je renvoie aux longs développements que j'ai donnés sur ce point (t. II, n°s 121-128.)

J'ai supposé que l'étranger appelé à succéder en Belgique ne se trouvait pas en concours avec des parents français ou belges; ce concours, s'il a lieu, ne change rien aux principes que je viens de rappeler. La succession immobilière se réglera toujours, pour les biens situés en Belgique ou en France, par le code Napoléon, en vertu de l'article 3. S'il y a des biens situés à l'étranger, on applique l'article 4 de la loi belge de 1865, qui reproduit l'article 2 de la loi française de 1819 : « Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et belges, ceux-ci prélèvent sur les biens situés en Belgique une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger, dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales. »

Je reviendrai sur cette disposition au titre des Successions.

En réalité, le dissentiment entre l'opinion que j'enseigne ici et l'opinion générale que j'ai adoptée dans mes *Principes de droit civil* n'est qu'apparent. En effet, quand la succession est mobilière, on admet l'application du statut personnel, le statut du domicile, dans l'opinion généralement suivie, et le statut national, dans mon opinion; sauf le prélèvement autorisé par les lois nouvelles de 1819 et de 1865. La vraie difficulté consiste à savoir par quelle loi est régie la succession déférée à un étranger. Les lois nouvelles sont conçues dans l'ordre d'idées du code Napoléon; elles supposent que les successions immobilières sont régies par la loi territoriale, comme le veut l'article 3 du code Napoléon; elles maintiennent donc implicitement la distinction entre les successions immobilières et les successions mobilières, telle qu'elle est établie par l'article 3 du code Napoléon. Reste à savoir si le prélèvement autorisé par les nouvelles lois s'applique aux successions mobilières. J'ajourne l'examen de cette difficulté au titre des Successions.

372. Le principe des lois de 1819 et de 1865 a été admis dans les Pays-Bas par la loi du 7 avril 1869. En général, le code néerlandais assimile les étrangers aux regnicoles pour la jouissance des droits civils; toutefois, il consacrait une exception très importante, dans les articles 884 et 957, en ce qui concerne le droit de succession : l'étranger n'était admis à succéder dans les Pays-Bas, soit *ab intestat*, soit par testament, que dans les cas et de la manière dont un Néerlandais succédait aux biens qui lui étaient dévolus *ab intestat* ou par *testament* dans le pays de cet étranger. Le code appliquait le même principe aux donations. C'était la doctrine rigoureuse du code Napoléon, aggravée même pour ce qui regarde les donations, puisque les interprètes du code français enseignent généralement que les donations restent dans le domaine du droit des gens. La loi de 1869 a supprimé cette exception au droit commun, en abolissant les articles 884 et 957.

Un jurisconsulte néerlandais dit que l'on reprochera peut-être aux Hollandais d'avoir attendu bien longtemps, avant d'admettre le principe de l'égalité en matière de succession. La France, ajoute M. Asser, nous a devancés d'un demi-siècle, en revenant, par la loi de 1819, au système de l'Assemblée Constituante. La Belgique a suivi cet exemple en 1865, et ce n'est qu'à la suite de la loi belge que l'on a pensé, dans les Pays-Bas, à mettre le code néerlandais en harmonie avec l'esprit libéral qui y domine. M. Asser cherche à justifier, ou du moins à excuser ses compatriotes. La règle qui a été sanctionnée en 1869 était déjà admise dans l'ancien droit hollandais; alors qu'en France l'étranger mourait serf, il succédait en Hollande, comme les regnicoles. Grotius croit que c'était surtout dans l'intérêt du commerce, et pour favoriser les relations internationales, que les lois des Provinces-Unies se montraient si libérales pour l'étranger. En présentant la loi nouvelle, le ministre de la justice eut soin de rappeler qu'elle ne faisait que revenir à la tradition nationale, abandonnée pendant quelque temps sous l'influence du code Napoléon (1). N'aurait-on pas pu demander au ministre pourquoi les Néerlandais ne s'étaient pas rappelé leur tradition quand ils revisèrent le code civil? Le reproche s'adresse aux Belges aussi bien qu'à nos frères du Nord. Nous avons procédé ensemble à la revision du code français, et nous avions tous oublié notre tradition, car dans nos Flandres également le droit d'aubaine ne se pratiquait point. Cet étrange oubli du passé s'explique par une lacune tout aussi étrange qui se trouve dans l'enseignement universitaire. Nos élèves savent jusque dans ses moindres détails le droit qui régissait les Romains du temps des XII Tables, et ils ne savent pas le premier mot de nos anciennes coutumes, bien que le droit français, qui est le nôtre, soit coutumier bien plus que romain. Jusqu'au moment où j'écris, on n'enseigne ni en Belgique, ni en France, l'histoire du droit national. Faut-il s'étonner si les jeunes générations, élevées dans

(1) Asser, dans la *Revue de droit international*, de Rolin, t. I, p. 629.

cette ignorance, ne connaissent rien de nos coutumes? C'est la routine, il faut le dire, qui règne dans notre enseignement, depuis les écoles primaires jusqu'aux universités, et ce sont des routiniers que l'on charge du soin de réformer la routine.

§ III. *Comment les étrangers acquièrent la jouissance des droits civils, d'après le code Napoléon.*

373. L'article 13 du code Napoléon porte : « L'étranger qui aura été admis par l'autorisation de l'empereur à établir son domicile en France, y jouira de tous les droits civils, tant qu'il continuera d'y résider. » Au premier abord, on a de la peine à comprendre cette disposition. Le code Napoléon exclut les étrangers de la jouissance des droits civils; c'est la doctrine traditionnelle que Domat, l'un des auteurs du code français, rapporte à la division du genre humain en nations; et comme les nations procèdent de Dieu, il faut dire que, dans la théorie du code, l'exclusion des étrangers est perpétuelle, les hommes ne pouvant par défaire l'œuvre du Créateur. Telle était bien la pensée de ceux qui préparèrent le projet de code civil. L'Assemblée Constituante avait voulu détruire la barrière qui sépare l'étranger du Français, en proclamant que tous les hommes sont frères, et qu'ils doivent, par conséquent, jouir partout des droits de l'homme. Utopie! s'écrièrent les auteurs du code. Les peuples sont et seront toujours ennemis; la séparation des nations étant fatale, il faut maintenir, comme conséquence, et même comme garantie de leur existence indépendante, la distinction des droits civils propres aux citoyens de chaque Etat, et des droits naturels communs à tous les hommes.

Cette doctrine étroite peut se soutenir, si l'on admet, avec Hobbes, que l'homme est un loup pour l'homme. S'il en est ainsi, on doit avoir bon soin d'éloigner les loups de la bergerie. Puisque l'étranger est un ennemi, il faut lui refuser la communication du droit civil, tant qu'il est étranger; et logiquement il faudrait l'écarter de la cité, ou du moins ne l'y recevoir que lorsque l'Etat aurait toutes les garan-

ties nécessaires que ce nouveau membre est digne d'être associé aux citoyens. Or, lisez la Constitution de l'an VIII, et l'article 13 du code Napoléon, vous y trouverez une doctrine absolument contraire à celle que Portalis et Siméon professent dans leurs discours. L'article 5 de la Constitution donne à l'étranger la faculté de devenir citoyen français si, après avoir atteint l'âge de vingt et un ans accomplis, et avoir déclaré l'intention de se fixer en France, il y a résidé pendant dix années consécutives. Donc, le premier venu peut devenir citoyen français et, à ce titre, jouir des droits civils réservés aux citoyens. Que devient la barrière divine, insurmontable qui sépare l'humanité en peuples ennemis? L'étranger a encore un moyen plus simple d'obtenir la participation aux droits civils, il n'a qu'à demander l'autorisation de l'empereur d'établir son domicile en France; cette autorisation lui sera accordée, pourvu qu'il ait bonnes vie et mœurs. Ainsi, une signature du chef de l'Etat, accordée sur un certificat d'un commissaire de police, suffira pour assimiler l'étranger au Français, et pour abaisser cette barrière éternelle qui devait séparer les peuples! Comment concilier la doctrine des droits civils, telle que Portalis et Siméon l'expliquent et la justifient, avec cette facilité extrême accordée à l'étranger d'obtenir la communication des droits civils, sans même qu'il abdique sa qualité d'étranger? Il est certain que l'article 13 donne un démenti à la doctrine sur laquelle est fondé l'article 11. S'il est vrai, comme le disent les orateurs du gouvernement et du Tribunat, que les hommes seront éternellement ennemis, s'il est vrai qu'il y a des droits qui, par leur nature, ne peuvent être exercés que par les citoyens, comment se fait-il que l'on accorde ces droits à l'étranger, quoiqu'il reste étranger? Si l'étranger peut jouir des droits civils en France, tout en restant étranger, il est faux de dire que ces droits sont attachés à la qualité de citoyen; les Romains étaient plus conséquents; ils disaient que le droit civil était incommunicable à l'étranger; celui-ci n'en obtenait la participation qu'en devenant citoyen romain. D'après le code Napoléon, l'étranger peut jouir des droits civils en vertu d'une simple

autorisation de l'empereur, tout en restant étranger; donc la théorie qui exclut de la jouissance des droits civils les étrangers à raison de leur extranéité est fausse.

374. Que dit-on pour justifier l'article 13? L'antinomie que je viens de signaler entre l'article 11 et l'article 13 n'a pas même été remarquée par les auteurs du code civil; ils se bornent à dire que l'article 13 témoigne en faveur de l'esprit libéral de la loi française. Le Tribunat, organe des idées de 1789, avait voté le rejet du titre I[er] du code, parce qu'il rétablissait le droit d'aubaine. Napoléon fit un coup d'Etat pour briser sa résistance. Gary, l'orateur du Tribunat mutilé, essaya de répondre au reproche que l'on adressait au projet du code : « Combien ce reproche est injuste, dit-il, lorsqu'on voit, dans l'article 13, les facilités données à l'étranger d'acquérir les droits civils des Français! Il ne lui faut, à cet effet, que déclarer qu'il établit son domicile en France, et continuer d'y résider. Est-ce là repousser les étrangers, quand nous leur donnons, au contraire, des facilités telles que n'en donne aucune autre nation? Est-ce là faire revivre le droit d'aubaine que Montesquieu déclare contraire à tout sentiment de justice et de pitié (1)? » Gary ne s'aperçoit point que plus l'article 13 est libéral, plus l'article 11 est illibéral, disons mieux faux. L'article 11 exclut les étrangers des droits civils, à raison de la nature de ces droits; si telle est leur nature, qu'ils ne puissent être exercés que par des citoyens, l'article 13 a tort d'en accorder la jouissance aux étrangers, il ne pouvait pas même la leur donner. Que si l'article 13 a pu donner la jouissance de tous les droits civils aux étrangers, malgré leur extranéité, l'article 11 a eu tort de les leur refuser à cause de leur extranéité. Les deux dispositions sont incompatibles : l'article 11 détruit l'article 13, et l'article 13 détruit l'article 11.

On a donné une autre raison de l'article 13. Siméon, l'orateur du Tribunat, avant le coup d'Etat qui le mutila, justifie la disposition du code civil par des considérations politiques. La constitution de l'an VIII exigeait une rési-

(1) Gary, *Discours*, n° 7 (Locré, t. I[er], p. 475 de l'édition belge).

dence de dix années pour acquérir la qualité de Français. Quelle était la condition de l'étranger pendant ce long stage? Il ne jouissait pas des droits civils en France, et peut-être avait-il perdu cette jouissance dans sa patrie en la quittant sans esprit de retour. Il était équitable de le faire jouir de ces droits en France, c'était l'encourager à s'y établir. Soit. Mais si l'article 13 n'avait en vue que les étrangers qui voulaient devenir Français, le législateur aurait dû limiter cette disposition aux étrangers qui s'établissaient en France pour s'y faire naturaliser. Or, la disposition est générale; elle s'applique aux nombreux étrangers qui s'établissent en France et en Belgique, sans aucune intention d'y demander la naturalisation. C'est un bienfait pour eux, je le reconnais volontiers; mais cette libéralité est en contradiction ouverte avec l'esprit hostile, haineux qui a dicté l'article 11. Siméon insiste beaucoup, dans son rapport, sur la question de savoir si l'article 13 est en harmonie avec la constitution de l'an VIII; il la résout affirmativement, ce qui est très douteux. La constitution (art. 5) ne prescrit pas l'intervention du gouvernement pour faire acquérir à l'étranger la qualité de Français, et en cela elle est d'accord avec les constitutions antérieures, comme je l'ai dit ici même, en traitant de la nationalité (n[os] 177-180). La loi peut-elle ajouter à la constitution, et la restreindre? N'est-ce pas la modifier? Et appartient-il au pouvoir législatif de changer la constitution (1)? Je n'entends pas discuter la question; mais je me demande si le but caché de l'article 13 n'était pas précisément de donner au gouvernement consulaire le droit d'intervenir dans la naturalisation en l'empêchant par un refus d'autorisation? Ce qui me confirme dans ce soupçon, c'est le discours de Gary. « Il n'y a aucune objection, dit-il, contre la disposition qui veut que l'étranger ne puisse établir son domicile en France, s'il n'y est admis par le gouvernement. C'est une mesure de *police* et de *sûreté* autant qu'une disposition législative. Le gouvernement s'en servira pour repousser le vice, et pour ac-

(1) Siméon, rapport fait au Tribunat, n° 5 (Locré, t. I[er], p. 432).

cueillir exclusivement les hommes vertueux et utiles, ceux qui offriront des garanties à leur famille adoptive (1). » Ces considérations n'ont rien de commun avec l'article 13; Le code civil n'a pas à s'occuper des *mesures de police et de sûreté* que le gouvernement est autorisé à prendre pour écarter des étrangers du territoire. Il y a plus, le but de l'article 13 n'est pas même, comme Gary semble le croire, de décider sous quelle condition l'étranger peut acquérir un domicile en France. L'objet de la loi est de donner à l'étranger qui veut se faire naturaliser en France un moyen facile d'obtenir la jouissance des droits civils, pendant le stage de dix ans que lui imposait la constitution de l'an VIII. Conçu en termes généraux, l'article 13 profite encore aux étrangers qui s'établissent en France ou en Belgique, sans avoir l'intention de se faire naturaliser. Mais pour eux la question que je viens de discuter se représente. Les auteurs du code disent que la distinction des *droits civils* et des *droits naturels* résulte de la nature même de ces droits : est-ce que la *nature* des *droits civils* change quand le gouvernement autorise l'étranger à établir son domicile en France? L'autorisation peut-elle rendre communicables à l'étranger des droits qui, par leur nature, ne peuvent pas lui être communiqués? Plus on approfondit la doctrine du code concernant les droits civils, plus on la trouve absurde et contradictoire. Il a fallu un coup d'Etat pour l'imposer à la France républicaine : la république subira-t-elle une doctrine contre laquelle elle a protesté quand le premier consul la proposa?

375. L'autorisation du gouvernement confère la jouissance des droits civils à l'étranger qui s'établit en France. Pourquoi l'étranger, si on le considère comme incapable de jouir des droits civils, devient-il capable, s'il est autorisé à se fixer en France? On ne le sait; cela prouve du moins que cette prétendue incapacité n'existe point. Et si la nature des droits civils n'empêche pas que l'étranger en jouisse, pourquoi exiger l'autorisation du gouvernement comme condition de cette jouissance? Ne serait-il pas plus

(1) Gary, *Discours*, nº 8 (Locré, t. Ier, p. 475).

logique de lui accorder la jouissance de tous les droits privés, sans condition aucune, par la raison que ces droits sont des facultés qui appartiennent à l'homme en sa qualité d'homme, donc à l'étranger aussi bien qu'au Français? Si l'autorisation du gouvernement n'a pas de raison d'être en cette matière, toute la théorie du code s'écroule, comme un édifice sans fondement.

L'autorisation est révocable; tout le monde l'admet, bien que le code ne le dise point. On dit que s'il se montre indigne du bienfait dont il jouit, il en pourra être privé (1). Cela se concevrait s'il y avait un bienfait. Mais une fois que l'on admet que les droits civils sont communicables à l'étranger, il en devrait jouir au même titre que les Français, c'est-à-dire comme moyen de développement intellectuel et moral. Si ces facultés légales sont nécessaires au Français pour son perfectionnement, pourquoi les refuser à l'étranger, et pourquoi les lui retirer après qu'on les lui a accordées? La jouissance des droits civils n'est pas un bienfait, c'est un droit, pour mieux dire, une nécessité de la nature humaine. Le Français n'en est privé qu'à titre de peine, et par un jugement. Pourquoi refuse-t-on cette garantie à l'étranger? S'il y a des causes d'indignité, qu'on poursuive l'étranger devant les tribunaux, sinon il est à la merci d'un rapport de police, ou de vengeances politiques. Cela est en contradiction avec la nature même des droits privés, dont l'homme devrait jouir par cela seul qu'il est homme.

376. La résidence est encore une condition requise pour que l'étranger jouisse des droits civils en vertu de l'autorisation du gouvernement; l'article 13 dit que l'étranger jouira des droits civils en France tant qu'il continuera d'y résider. Voilà une nouvelle différence entre l'étranger et le Français, également inexplicable. C'est Tronchet qui a proposé d'exiger la condition de résidence, sans donner un motif à l'appui de sa proposition; du moins on n'en trouve aucun dans les procès-verbaux de Locré (2).

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. I[er], p. 568, n° 455.
(2) Séance du Conseil d'Etat du 6 thermidor an IX, n° 12 (Locré, t. I[er], p. 352, édit. de Bruxelles.

Quel rapport y a-t-il entre la résidence et la jouissance des droits civils? Je n'en sais rien. Le Français continue de jouir des droits civils, alors même qu'il s'établit dans un autre pays, et qu'il y reste toute sa vie; pourquoi l'étranger cesse-t-il d'en jouir, dès qu'il cesse de résider? La condition n'a pas de raison d'être dans la nature des droits civils; les facultés dites légales ne diffèrent pas, sous ce rapport, des facultés dites naturelles; si l'étranger peut acheter et vendre en France, quoiqu'il n'y réside pas, pourquoi ne pourrait-il pas acquérir et transmettre, à titre gratuit, sans y résider? Ce n'est pas non plus une question d'indignité : on n'est pas plus digne d'exercer les droits civils, quand on habite la France que quand on ne l'habite pas.

377. Quel est l'effet de l'autorisation? Ici l'on entre dans une mer de doutes. Si l'on s'en tient au texte de la loi, qui est très clair, il faut dire que l'autorisation a pour seul but de conférer à l'étranger la jouissance des droits civils. C'est à ce titre que l'orateur du Tribunat la justifie en disant que l'article 13 corrige ce que l'exclusion prononcée par l'article 11 a de rigoureux. La jurisprudence a fait dire à la loi ce que le législateur n'a pas voulu dire, à savoir que l'étranger ne peut avoir de domicile en France que s'il est autorisé par le gouvernement à s'y établir. J'ai combattu cette interprétation ici même (n° 264). Il en résulte une nouvelle absurdité, c'est que l'étranger serait sans domicile, alors qu'il est de l'essence du domicile que toute personne en ait un. En effet, l'étranger qui a en France son principal établissement cesse par là d'être domicilié dans le pays auquel il appartient, le plus souvent il perd même sa nationalité d'origine : le voilà sans patrie et sans domicile sur la terre, exclu partout de la jouissance des droits privés, ne pouvant, en théorie, ni transmettre ses biens à cause de mort, ni recueillir une hérédité, fût-ce celle de son père. Je laisse la nationalité de côté pour m'en tenir au domicile. La loi et le bon sens disent qu'une personne a son domicile là où est le siége principal de ses affaires. Eh bien, la jurisprudence décide que l'étranger n'a point son domicile en France, quoiqu'il

y ait son principal et même son unique établissement, à moins qu'il ne se soit établi avec autorisation du roi. Si tel est le sens de l'article 13, il faut dire que la loi est souverainement absurde.

Ce n'est pas la seule absurdité que la jurisprudence fait dire au législateur. L'étranger est domicilié en France, avec l'autorisation du gouvernement; il y a donc son domicile légal. Conservera-t-il néanmoins son domicile dans sa patrie, s'il y a conservé sa nationalité? La question seule est absurde; car elle implique que l'on peut avoir deux domiciles, ce qui n'a point de sens. Cependant il a été jugé qu'un Espagnol, naturalisé au Mexique et établi en France avec autorisation du roi, avait conservé son domicile au Mexique; et cela parce qu'il avait conservé sa nationalité mexicaine. La cour de Bordeaux en conclut que la succession dudit Mexicain, mort en France, où il était légalement domicilié en vertu de l'autorisation du roi, s'était ouverte au Mexique et que, par suite, les contestations relatives à cette succession devaient être portées devant les tribunaux mexicains (1). Ainsi, tantôt la jurisprudence fait dire au législateur que l'étranger n'a plus aucun domicile, ni en France, ni dans sa patrie, tantôt elle lui en attribue deux, et, sans rime ni raison, elle s'en tient au domicile d'origine, sans tenir aucun compte du domicile acquis, en France, en vertu de l'autorisation royale.

378. « L'étranger admis, par l'autorisation de l'empereur, à établir son domicile en France, *y jouira de tous les droits civils.* » Tel est l'effet de l'autorisation, aux termes de l'article 13. L'étranger domicilié avec autorisation est assimilé au Français quant à la jouissance des droits privés. Cela ne veut pas dire que l'étranger sera régi en tout par la loi française. La question de savoir par quelle loi une personne est régie tient à un tout autre ordre d'idées; c'est le statut personnel qui la décide. Dans l'opinion que j'ai professée dans tout le cours de ces Etudes, le statut personnel est déterminé par la nationalité;

(1) Bordeaux, 16 août 1845 (Dalloz, 1847, 2, 45).

il suit de là que l'étranger conserve son statut personnel, alors qu'il s'établit en France, avec l'autorisation du gouvernement, car en établissant son domicile en France, il ne perd pas sa nationalité, il conserve, par conséquent, son statut national; il sera donc régi par ce statut en tout ce qui regarde son état et sa capacité. La cour de Paris a consacré ce principe, mais dans une espèce où précisément l'application du principe était très douteuse. Il s'agissait d'un moine espagnol qui avait contracté mariage en France; mort civilement, d'après son statut national, pouvait-il se marier en France? Non, dit la cour de Paris, car étant resté Espagnol, malgré son établissement en France avec l'autorisation du gouvernement, il était régi par la loi espagnole en ce qui concerne son état et sa capacité (1). Le principe est certain, mais n'était-il pas modifié par la loi territoriale de France? Celle-ci ne connaît plus de moines, plus de mort civile frappant les clercs réguliers; et l'abolition des ordres monastiques ainsi que de la mort civile qui frappe les religieux n'est-elle pas une de ces lois de droit public et d'ordre social qui dominent le statut personnel? C'est mon avis. Je discuterai la question ailleurs.

L'opinion contraire, en ce qui concerne la question de principe, est plus généralement suivie par les auteurs français; ils enseignent que l'étranger, en s'établissant en France avec autorisation, se soumet aux lois françaises, même pour son statut personnel. Les motifs que l'on donne me paraissent d'une faiblesse extrême. Il y a un rapport intime, dit-on, entre le domicile d'une personne et le statut qui régit son état et sa capacité. C'est précisément ce rapport que je nie. Je renvoie aux longs développements que j'ai donnés sur la question du domicile (n° 265 et suivants). Le domicile dépend de notre volonté, de notre intérêt et de notre caprice : comment peut-on soutenir que l'état, la capacité ou l'incapacité changent au gré de notre volonté, et de circonstances accidentelles qui n'ont rien de commun avec les causes physiques, intellectuelles, morales qui dé-

(1) Paris, 13 juin 1814 (Dalloz, au mot *Droit civil*, n° 408).

terminent notre état? On ajoute que l'étranger, participant aux avantages de la loi française, doit, par contre, se soumettre entièrement à l'application de ces lois, et renoncer à sa loi nationale, C'est, me semble-t-il, attacher à l'établissement du domicile avec autorisation une idée absolument fausse. Le seul but et le seul effet de l'autorisation est de donner à l'étranger la participation du droit civil, dont il était exclu par son extranéité. Mais de ce qu'il devient capable de jouir des droits civils en France, peut-on conclure que son état est changé, et par suite sa capacité? C'est confondre la jouissance des droits civils avec le statut qui régit l'état. Si les lois déclaraient partout que l'étranger jouit des mêmes droits que les naturels du pays, en devrait-on conclure que partout les étrangers seraient régis par la loi territoriale? Ce serait abolir le statut personnel, alors que l'égalité de droits reste incomplète, tant que l'étranger ne peut pas invoquer sa loi personnelle ou nationale dans tous les rapports qui ne touchent point au droit public ou social du pays où il veut exercer ses droits (1). Après avoir enseigné que l'étranger est soumis à la loi française quant à son état et sa capacité, un auteur ajoute une réserve qui détruit le principe, à savoir que les lois françaises ne contrarieront pas le statut personnel de l'étranger, relativement à sa capacité civile (2) : c'est dire oui et non, blanc et noir. Cela prouve combien est grande l'ignorance qui règne sur les matières de droit civil international, et combien il est urgent d'en faire l'objet de l'enseignement universitaire.

379. Nous allons rencontrer les mêmes incertitudes et les mêmes contradictions dans la jurisprudence sur la question de savoir par quelle loi est régie la succession mobilière d'un étranger domicilié en France avec autorisation du gouvernement. La solution dépend du principe

(1) Demangeat, *Condition civile des étrangers en France*, p. 414. Coin-Delisle, *Commentaire du titre de la Jouissance des droits civils*, art. 13, n° 5.

(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Droit civil*, n° 408. Voyez, sur cet ouvrage, l'introduction a mon *Cours élémentaire de droit civil*, t. Ier, p. 114.

que l'on suit en ce qui concerne le statut personnel : Est-il déterminé par le domicile ou par la nationalité? Si c'est par le domicile, il faut décider que la succession mobilière de l'étranger domicilié en France est régi par la la loi française; si c'est par la nationalité, la succession sera régie par la loi nationale du défunt. La cour de Paris s'est prononcée pour le statut national, mais sans motiver sa décision (1). L'arrêt a été critiqué par les motifs les plus étranges (2). L'article 110 veut que le lieu de l'ouverture de la succession soit déterminé par le domicile. Oui, en ce qui concerne la compétence, mais qu'est-ce que la compétence a de commun avec le statut? Le tribunal du domicile sera compétent pour juger les contestations qui s'élèveront entre les héritiers, voilà ce que dit l'article 110; mais d'après quelle loi les décidera-t-il? L'article 110 ne le dit pas, et ne devait pas le dire, puisque c'est une question de statut. N'admet-on pas le statut national, soit; il faut alors qu'on donne des raisons pour motiver la décision; et l'article 110, étranger à la question, n'est, certes, pas un motif de décider. On invoque encore l'article 13, qui, dit-on, soumet l'étranger à la loi française pour les inconvénients comme pour les avantages. Cette façon d'interpréter l'article 13 est en opposition avec le but que le législateur a eu en vue, ce qui suffit pour l'écarter. Puis vient l'esprit de la loi : il faut une loi unique, en matière de succession. Eh! qui dit le contraire? L'auteur semble croire que c'est la loi personnelle des héritiers qui réglera la succession; ce serait une erreur, puisqu'il s'agit, non du statut des héritiers, mais du statut du défunt. Ce n'est pas le hasard, dit-on, qui doit décider de la succession aux meubles; donc il est bon que ce soit une loi fixe et immuable, la loi française. L'argument témoigne contre le système à l'appui duquel on l'invoque : le domicile est changeant au gré de notre volonté; tandis qu'on ne change pas de nationalité, comme on change de résidence.

(1) Paris, 29 novembre 1824 (Dalloz, au mot *Droit civil*, n° 395).
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Droit civil*, n° 409.

Il y a un autre arrêt sur la matière. La cour de Paris pose en principe que les règles relatives à la capacité successorale, à l'ordre et à la dévolution par *intestat* des successions régulières et irrégulières, tiennent *essentiellement* à *l'ordre public*, et relèvent de la *souveraineté de l'Etat* (1). C'est la raison que l'on a fait valoir pour soutenir que les lois de succession forment un statut réel, ce qui exclurait toujours le statut personnel, soit qu'on le rapporte au domicile, soit qu'on le rapporte à la nationalité. Puis, la cour dit qu'en général la succession est régie par la loi du pays auquel appartenait le défunt, c'est-à-dire par son statut national, sauf l'application de l'article 3 du code Napoléon, aux termes duquel les immeubles sont régis par la loi territoriale; quant aux meubles, le statut national est modifié par le prélèvement que la loi du 24 juillet 1819 autorise dans les successions mobilières échues à des Français et à des étrangers. C'est un amalgame de principes qui se heurtent et se combattent. Pour mieux dire, c'est l'absence de tout principe. Je reviendrai, en traitant des successions, sur les questions décidées par la cour de Paris.

(1) Paris, 14 juillet, 1871 (Dalloz, 1872, 2, 67).

FIN DU TOME TROISIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

DEUXIÈME PARTIE.

LIVRE PREMIER.

Principes généraux sur les droits des personnes et sur le conflit des lois qui les régissent (suite).

CHAPITRE II. — LOIS PERSONNELLES ET LOIS RÉELLES (*suite*).

SECTION VII. — Des exceptions aux règles des statuts.

Article 2. De l'exterritorialité.

§ I. *Ce que l'on entend par exterritorialité.*

N° 1. Les lois et les auteurs.

N° 2. Le fondement de l'exterritorialité.

N° 3. Les faits.

§ II. *Les souverains.*

N° 1. La tradition.

N° 2. Le droit moderne.

LIVRE II.

Partie spéciale.

CHAPITRE Ier. — DES PERSONNES.

SECTION Ire. — DE LA NATIONALITÉ.

Article 1er. Acquisition de la nationalité.

§ Ier. *Du principe d'origine ou de nationalité.*

No 1. De l'enfant légitime.

No 2. De l'enfant naturel.

N° 3. De l'enfant adoptif.

N° 4. Influence de l'époque de la conception sur la nationalité.

§ II. *Du principe de territorialité.*

N° 1. Législation française et belge.

N° 2. Législations étrangères.

§ III. *De la nationalité de l'enfant né d'un ci-devant Français.*

Article 2. Du changement de nationalité.

§ Ier. *Le droit. L'émigration.*

II. *De la femme pendant le mariage.*

III. *Des enfants*

IV. *La veuve.*

§ IV. *De la naturalisation.*

N° 1. Les deux principes.

N° 2. Qu'est-ce que la naturalisation?

N° 3. Qui profite de la naturalisation?

N° 3. Conditions de la naturalisation.

N° 4. Effets de la naturalisation.

§ V. *Conséquences civiles du changement de patrie ou de la perte de nationalité.*

§ VI. *Du recouvrement de la nationalité.*

§ VII. *Changement de nationalité par suite d'annexion ou de séparation de territoire à la suite de guerres ou de révolutions.*

N° 1. Les guerres et les révolutions.

N° 2. Les lois de faveur.

§ VIII. *De ceux qui ont plusieurs patries et de ceux qui n'ont pas de patrie.*

N° 1. De ceux qui ont plusieurs patries.

N° 2. De ceux qui n'ont pas de patrie.

SECTION II. — Du domicile.

§ Ier. *Le domicile et la nationalité.*

§ II. *Le domicile de l'étranger.*

SECTION III. — DU CHANGEMENT DE DOMICILE ET DU CHANGEMENT DE NATIONALITÉ.

§ II. *Des droits de famille.*

N° 1. La majorité.

N° 2. Le mariage.

N° 3. Le divorce.

N° 4. Puissance paternelle.

N° 5. De la tutelle.

§ III. *Des droits patrimoniaux.*

SECTION IV. — DES ÉTRANGERS.

§ Ier. *Des droits naturels qui appartiennent aux étrangers.*

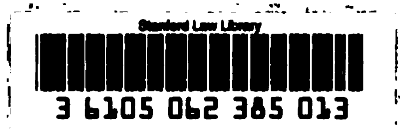
No 1. Du mariage.

No 2. De la propriété.

N° 3. Des droits civils dont l'étranger ne jouit pas en France d'après l'article 11 du code Napoléon.

I. *Droits personnels.*

II. *Droits patrimoniaux.*


Stanford Law Library
3 6105 062 385 013

